

LA CESSION DES CONCESSIONS ET DES PERMISSIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 25 Mai 1934, à 14 heures

PAR

Jehan CARAYON

Diplômé de l'École des Sciences Politiques

<i>Président :</i>	M. ACHILLE MESTRE	} <i>Professeurs</i>
<i>Suffragants :</i>	MM. LAFERRIÈRE	
	SCELLE	

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1934

**LA CESSION
DES CONCESSIONS
ET
DES PERMISSIONS**

LA CESSION DES CONCESSIONS ET DES PERMISSIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 25 Mai 1934, à 14 heures

PAR

Jehan CARAYON

Diplômé de l'École des Sciences Politiques

<i>Président :</i>	M. ACHILLE MESTRE	} <i>Professeurs</i>
<i>Suffragants :</i>	MM. LAFERRIÈRE	
	SCELLE	

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1934

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



A MA MÈRE

INTRODUCTION

- I. — Le double aspect de la cession : Droit privé, Droit public.
- II. — La présente étude a trait aux concessions administratives.
- III. — Le lien entre les concessions et les permissions justifie une étude comparative.
- IV. — Plan. Remarques de terminologie. Méthode.

*
* * *

I. — Sous sa forme la plus générale, toute concession présente un double caractère ; elle est à la fois un droit que son titulaire peut utiliser dans son intérêt particulier et une fonction qui lui est confiée pour réaliser une œuvre d'intérêt général.

Comme droit, la concession est cessible par nature comme tout bien mobilier ou immobilier. Son titulaire peut la transmettre pour des fins privées sous les conditions que détermineront un traité de cession. Toutes les difficultés survenues *inter partes* à l'occasion de ce traité, qu'il s'agisse de l'étendue des obligations qu'il entraîne, ou de la réalisation du paiement du prix sous les différentes formes qu'elle peut comporter, seront

de la compétence des tribunaux judiciaires (1). Les rapports entre le concessionnaire et le tiers qu'il se substitue sont des rapports de droit privé. C'est un premier aspect du problème de la cession.

Comme fonction, la concession impliquant une étroite collaboration d'un particulier avec l'administration, sa transmission ne doit pas pouvoir se faire en dehors de celle-ci. Sans doute, une telle opération n'est pas nécessairement contraire aux intérêts de la collectivité. Le concessionnaire peut fort bien ne pas se sentir de taille à remplir son rôle et il est normal qu'il cherche à céder sa place à quelqu'un de mieux armé. Mais il est logique qu'une telle cession ne soit valable que si elle est approuvée par l'autorité concédante. La construction d'un ouvrage ou l'exploitation d'un service publics ont été remis, non pas à un particulier quelconque, mais à une personnalité choisie à raison des garanties de tous ordres qu'elle présentait. Le concessionnaire est donc tenu d'assurer ses obligations par lui-même. Les traités par lesquels il pourrait se substituer des tiers dans l'exécution de tout ou partie de sa tâche ne sauraient avoir d'effet tant que l'administration qui a la garde des intérêts généraux n'a pas donné son assentiment, au nom de ces mêmes intérêts. C'est un second aspect de la question. La cession dans les rapports qu'elle fait naître entre l'autorité concédante et le cessionnaire pose un problème de droit public, un problème de contrôle, puisqu'il s'agit, d'une part, de savoir à quelles conditions le cessionnaire sera investi d'un titre régulier au regard de l'Administration

(1) Cour d'Angers, 20 octobre 1933. SIEUR B., *Revue des Concessions*, 1933, p. 157.

et du public, et, d'autre part, si en l'absence de ce titre, il aura des devoirs et des droits à l'égard de l'une et de l'autre. C'est le seul aspect qui sera étudié dans ces pages.

La cession *inter partes*, contrat de droit privé, en est délibérément rejetée. Les combinaisons auxquelles elle peut donner lieu, relèvent trop souvent du droit commercial, du droit des sociétés notamment, pour tenir quelque place dans une étude qui reste avant tout de droit public. Elle ne sera envisagée qu'accessoirement, à raison de l'incidence qu'elle peut avoir sur notre problème.

* * *

II. — La Cession, problème de droit public : telle est la première limite que nous avons posée à cette étude. Il en est d'autres qui appellent quelques justifications, parce que nous les posons à l'intérieur même de la matière des concessions. Ce vocable désigne, en effet, des choses par trop différentes (1) pour pouvoir être comprises sous des rubriques communes. Nous prendrons le mot dans le sens le plus large que lui donne la langue administrative, celui de procédé juridique propre au droit administratif destiné à assurer une association entre une personne morale de droit public et un particulier, par laquelle celui-ci est chargé d'assurer une œuvre d'intérêt général. On a pu voir dans ce mécanisme juridique, un mode de collaboration des individus à une tâche administrative (2) ; plus préci-

(1) CAPITANT. *Vocabulaire juridique* : « Concession ».

(2) L. ROLLAND. *Précis de droit administratif*, 4^e éd., p. 11.

sément, l'acte de concession qui implique en faveur de son titulaire une subrogation des droits de l'administration (1) n'oblige pas seulement celui-ci à collaborer au fonctionnement d'un service public, mais il le charge de la gestion de ce service sous un contrôle assez rigoureux. De ce fait, le droit du concessionnaire est un droit limité dans sa fin, dans ses procédés d'exécution, dans sa durée.

Il est limité dans sa fin. Sans doute, les mobiles du concessionnaire sont d'ordre intéressé comme tous les mobiles humains. Ils visent à la satisfaction d'un intérêt personnel, à la réalisation de bénéfices. Mais cet intérêt doit se contenir dans le cadre de l'intérêt public. Le bien concédé est, en effet, affecté à l'utilité publique et celle-ci ne doit pas souffrir des visées personnelles du concessionnaire. D'où il suit qu'il a le devoir de gérer le service en tout état de cause, quelles que soient les répercussions financières de son activité. Ce devoir est sanctionné par les procédures du retrait de la concession, du rachat ou de la déchéance.

Le droit du concessionnaire est limité dans ses procédés de réalisation. L'exécution d'un ouvrage ou la gestion d'un service publics sont assujetties à des règles précises. Le concessionnaire ne dispose nullement du choix des moyens. Il doit se conformer à des règles contenues dans des cahiers des charges et fixées par l'autorité administrative. Celle-ci se réserve le droit de contrôler l'exécution de ses prescriptions. Au surplus, les travaux effectués par le concessionnaire ne présentent, juridiquement, aucune analogie avec les

(1) BATBIE, *Droit public et administratif*, 2^e éd., t. VII, p. 239 et suiv.

travaux que réalise tout entrepreneur : entrepris pour le compte d'une personne administrative, dans un but d'intérêt général (1), ils prennent la qualité de travaux publics. Toutes les difficultés qui naissent à propos de leur exécution relèvent de la compétence des Conseils de Préfecture (art. 4, L. 28 pluviôse de l'an VIII).

Le droit du concessionnaire est enfin limité dans le temps : il est essentiellement temporaire et sa durée varie selon la concession envisagée : elle est de 75 ans pour l'entreprise d'énergie hydraulique, variable avec les cahiers des charges pour l'entreprise de distribution d'énergie électrique, de 99 ans pour l'entreprise minière. A l'expiration de ces délais, la concession fait retour à la personne administrative concédante.

Il s'en faut que ces caractères se retrouvent dans leur ensemble pour chacun des mécanismes juridiques que l'on désigne communément par le mot de concession. Ils s'appliquent seulement à ceux qui relèvent essentiellement du droit administratif et qui n'ont rien d'analogue dans le droit civil. C'est à ces types que s'applique la définition donnée par M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet (2) du contrat de concession : « le contrat qui charge un particulier ou une société « d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service « public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou « sans garantie d'intérêts, et que l'on rémunère en lui « confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir

(1) Cons d'Etat, 10 juin 1921. Cne de Monségur, Rec, p. 573.

(2) Cons. d'Etat, 30 mars 1916. Gaz de Bordeaux, Rec., p. 12 et suiv.

« des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou
« sur ceux qui bénéficient du service public. »

Les concessions proprement administratives qui répondent à cette idée sont les concessions de travaux publics, les concessions de service public et les concessions qui participent de l'un et l'autre type. Mais il en est d'autres qui sont proches du droit privé, ne serait-ce que par leur support matériel. Les concessions de terrain dans les cimetières ou les concessions domaniales aux colonies ne sont administratives que par leur naissance ; mais il faut montrer à quel point elles sont exorbitantes du droit public pour les écarter de cette étude.

* * *

Sans en faire une analyse détaillée, le simple rappel de deux des traits essentiels de la concession de cimetière fera apparaître combien son droit est distinct de celui de la concession administrative proprement dite. Elle est tout d'abord hors commerce. La concession de terrain dans un cimetière faite par une commune à un particulier, ne confère pas à ce dernier un droit mobilier, librement cessible, mais crée en sa faveur « un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative » (Cir. Min. Int., 30 décembre 1843). Attaché à la qualité spéciale de son titulaire, celui-ci ne peut aliéner son droit et on ne comprendrait pas qu'il en fit argent : les concessions ayant pour objet de favoriser le culte des morts et non des pensées de spéculation. La concession de cimetière est donc « hors le pécuniaire commerce ». Tel est le principe absolument certain,

sanctionné par une jurisprudence ferme et depuis longtemps établie (1). Et c'est le premier trait qui oppose cette concession à la concession administrative dont le droit purement mobilier est en principe cessible par nature. Le second, c'est que la concession de cimetière revêt suivant l'expression de M. Mestre un caractère familial très accusé. Et comme conséquence de cette idée, les Tribunaux ont admis le droit de disposition de la concession, à titre gratuit, dans le cercle de la famille : soit entre vifs (2), soit pour cause de mort, aux héritiers seulement (3). Ce droit de disposition ainsi limité quant aux bénéficiaires s'exerce de plein droit en dehors de l'autorisation de l'Administration municipale. Celle-ci n'a qu'un droit de contrôle pour veiller au maintien de l'affectation des concessions, pouvant aller d'ailleurs jusqu'à l'exercice d'une action en revendication au cas où un particulier vendrait sa concession à un autre particulier (4). Mais le droit de disposition à titre gratuit n'est subordonné à aucune approbation administrative.

Ces caractères généraux font assez ressortir la différence de nature des concessions de cimetières et des concessions administratives. Au caractère familial et patrimonial des unes, s'oppose le caractère de procédé de gestion de services publics des autres. Par ailleurs, du point de vue de la cession, le principe de l'approbation administrative n'a aucun sens pour les unes, alors

(1) Cass. Req. 9 juin 1898., S. 1902.1.134.

(2) C. de Bordeaux, 9 mai 1883. D. P. 1885.2.120.

(3) C. de Bourges, 22 mars 1911. S. 1911.2.112.

(4) Cons. d'Etat, 7 février 1913. Mure. S. 1913.3.81, note d'Hauriou.

qu'il est une règle essentielle pour les autres. Ces divergences nous paraissent assez considérables pour écarter de notre champ d'étude ces concessions trop teintées de droit privé que sont les concessions de terrains dans les cimetières.

*
* *

Nous excluerons aussi volontairement les concessions coloniales. Sans doute, elles sont accordées, au moins autant dans un intérêt général de mise en valeur des terres que dans l'intérêt personnel des colons. L'idée d'affectation à l'utilité publique est présente, puisque le retrait de la concession peut être prononcé si le titulaire n'exploite pas le bien concédé. Mais elles ont un caractère patrimonial tel qu'il est parfois difficile de les distinguer du droit de propriété.

D'une façon générale, on peut dire que le domaine privé de l'État ou des Colonies se transmet aux colons de deux façons : soit sous forme d'aliénations, conférant immédiatement la propriété à l'acquéreur ou à l'adjudicataire, sauf observation des clauses et conditions générales d'un Cahier des Charges dont la violation peut entraîner la déchéance ou la résiliation du contrat, soit sous forme de concessions comportant une attribution à titre provisoire à charge de mise en valeur et destinées à être transformées après accomplissement de cette charge en concessions définitives, conférant la propriété. La différence essentielle entre ces deux catégories consiste en ce que les aliénations quand elles sont faites sous certaines formes, sont soumises à une condi-

tion résolutoire, alors que la concession ne confère la propriété que sous condition suspensive (1).

En outre, le concessionnaire n'est pas nécessairement investi de la propriété à titre gratuit. Le décret du 4 novembre 1928, sur le régime des concessions domaniales en Indochine qui maintient la distinction entre la concession provisoire et la concession définitive et qui recule jusqu'à la concession définitive, l'attribution de la propriété (art. 10, 26, 27), pose, en principe (art. 2) que les terrains ruraux sont attribués à titre onéreux. Ce n'est donc pas la gratuité qui caractérise la concession, c'est la période provisoire et conditionnelle qui suspend la collation de la propriété. Au fond la concession domaniale aux colonies n'est qu'un mode de propriété se distinguant parfois assez mal des autres modes d'attribution des terres. C'est ainsi que la différence précitée entre les aliénations et les concessions n'existe même pas dans certaines possessions. Le décret du 28 septembre 1926, relatif au domaine à Madagascar, assimile les concessions et les ventes de terres domaniales. Les unes et les autres transfèrent immédiatement la propriété et les conditions de mise en valeur auxquelles elles sont soumises sont résolutoires et non suspensives. Les divers articles de ce décret ne semblent pas établir de distinction entre les aliénations et les concessions. On peut donc en inférer qu'il n'existe pas de différence essentielle entre ces deux modes d'acquisition de la propriété aux colonies. M. Romieu avait noté ce carac-

(1) Voyez DARESTE. *Traité de Droit colonial*, t. II, ch. XIII, parag. 481. Notons que la concession d'endiguage de l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807 confère un droit de propriété subordonné à l'exécution de certains travaux.

tère particulier de la concession coloniale lorsqu'il disait : « que le contrat de concession aux colonies n'a
« rien d'analogue ni en droit civil ni en droit adminis-
« tratif ; c'est un contrat assez mal précisé. Un contrat
« *do ut facias* dans lequel l'autorité concède, confère
« certains droits au concessionnaire en échange de cer-
« taines obligations » (1).

Ceci suffirait à justifier une discrimination entre les concessions administratives et les concessions coloniales aboutissant à écarter ces dernières de notre sujet. Mais on peut se demander, si du point de vue de la cession, une certaine assimilation n'est pas possible des concessions coloniales avec les concessions administratives. La transmission des unes et des autres nécessite pour sa validité le concours de l'autorité concédante. De ce point de vue, purement pratique, les points de contact sont certains. Il faut les souligner.

En ce qui concerne d'abord le *principe de l'approbation*.

Il est interdit au concessionnaire provisoire qui n'a pas la pleine propriété du bien concédé d'aliéner son droit sans le concours de l'Administration. Cette interdiction ne se comprendrait pas à l'égard du concessionnaire définitif, puisqu'il jouit du droit de tout propriétaire. Le concessionnaire provisoire est dans la situation d'un débiteur qui ne peut s'en substituer un autre sans l'assentiment du créancier. Cette interdiction est consacrée par les textes : décrets, arrêtés, cahiers des charges. Citons à titre d'exemple : le décret du 19 septembre 1924 (art. 14) sur l'aliénation des terres

(1) Cons. d'Etat 26 février 1897, cité par HAMELIN, *Des concessions coloniales*, th., Paris, 1898.

domaniales en Algérie ; le décret du 4 novembre 1928 (art. 10. paragr. II) sur le régime des concessions domaniales en Indochine ; le décret du 29 octobre 1904 portant organisation du domaine en A. O. F. ; le décret du 28 mars 1899 pour les grandes concessions en A. E. F. (1) ; l'arrêté du 22 août 1912 pour la Nouvelle Calédonie et la Guyane. Il n'y a pas de texte pour les deux protectorats de l'Afrique du Nord, la concession de terre n'y existant pas.

La règle de la nécessité de l'autorisation pour la validité de la cession est sanctionnée par la jurisprudence (2). Elle s'étend au cas où l'aliénation se produit sous la forme de fusion en une société unique de plusieurs sociétés concessionnaires (3).

Du point de vue du principe de l'approbation, l'analogie est certaine entre les cessions de concessions coloniales et les cessions de concessions administratives. Il en est de même du point de vue de la *sanction* attachée à l'exécution de la règle. Dans les deux cas, l'opération de transmission non autorisée est viciée. Elle est nulle aux yeux de l'administration et la procédure de déchéance doit être poursuivie à l'égard du concessionnaire primitif (4). Le décret du 19 septembre 1924, relatif à l'Algérie, prévoit (art. 15) cette sanction de la déchéance après une mise en demeure préalable (5).

(1) GIRAULT, t. III. *Le régime des terres*, t. IV, chap. II DARESTE, t. II, chap. XIII, p. 322

(2) Cass. Civ. 24 décembre 1917, D. P. 1921.I.112.

(3) Cons. d'Etat, 9 juillet 1920. Cie fse du Congo Occidental. Rec., p. 676.

(4) Cons. d'Etat, 30 avril 1924. Paréja, Rec., p. 417.

(5) Cons. d'Etat, 5 mars 1897. Verdier et Cie Fse de Kong., Rec., p. 194.

Tout cela est d'ordre essentiellement administratif.

Mais l'analogie s'arrête si le concessionnaire a obtenu un titre définitif de concession ; la délivrance de ce titre valide, rétroactivement, les cessions irrégulières qui auraient été consenties alors que la concession n'était que provisoire.

Sur la *question de compétence*, on peut noter quelques points communs. Toutes les contestations concernant la concession provisoire ou le droit de son titulaire à l'égard de l'administration sont de la compétence administrative (Conseil du Contentieux administratif de la colonie). Les litiges entre les concessionnaires provisoires et les tiers sont de la compétence des Tribunaux judiciaires, sauf renvoi à l'autorité administrative de la question préjudicielle de délimitation et d'interprétation. Ce double contentieux existe aussi pour les concessions administratives (*supra*).

On ne saurait pousser plus loin le parallèle. Il doit rester assez général. Si l'on voulait examiner les conditions d'exercice du droit de cession des concessions coloniales pour les rapprocher de celles qui régissent les concessions administratives, on se trouverait en présence du côté des premières de règles tellement diverses de colonie à colonie (1), répondant à des nécessités purement locales que le parallèle ou le rapprochement paraîtrait artificiel. Au surplus, si sous le rapport de l'approbation de la cession, une étude comparative des conces-

(1) Voyez sous le rapport de l'observation de certains délais dans l'exercice du droit de cession : Cons. d'Etat 14 mai 1924. Thoulouze, Rec., p. 459, 14 décembre 1927. Deleigne. Rec., p. 1200 ; 18 juillet 1930. Vargas. Rec., p. 752.

sions coloniales et des concessions administratives peut se concevoir, encore qu'elle soit analytique, la comparaison n'est plus possible en dehors de ce principe. Or nous verrons que la cession même non approuvée produit des effets, soit au regard de l'administration, soit au regard du public, si le concessionnaire irrégulier se comporte en fait comme un véritable concessionnaire dans l'exécution de son service. Cela s'explique par des raisons d'intérêt public qui s'attachent au fonctionnement continu des services publics. Pareille situation ne se retrouve pas pour les concessions coloniales à raison de leur caractère de droit privé. Et c'est une raison nouvelle de les abandonner de notre champ d'action.

* * *

III. — Dans les précédents paragraphes, nous avons précisé le domaine d'application de cette étude en la limitant aux concessions administratives envisagées du point de vue du droit public. Nous avons essayé de justifier ces restrictions. Il convient maintenant de voir si cette étude ne peut pas s'étendre logiquement d'un autre côté et comprendre quelques explications relatives à la transmission des permissions. Nous pensons que les liens qui existent entre les permissions et les concessions, justifient une étude comparative de la cession pour l'une et l'autre de ces matières.

Ces liens résultent d'abord de la nature même des choses. Les concessions entraînent parfois des occupations du domaine public. Qu'il s'agisse de chemins de fer, de tramways, ou de distributions d'eau, de gaz, d'électricité, il est nécessaire que des voies ferrées, que

des canalisations soient installées sur la voie publique. La permission de voirie sera le moyen par lequel le service public de transport ou de distribution se réalisera. Il faut donc que l'autorité publique fournisse les autorisations nécessaires à la pose des voies ou des canalisations, sans quoi la concession n'aurait pas de raison d'être. Dès lors, l'occupation du domaine public par le moyen des permissions, apparaît comme *un effet de la concession du service public* (1).

De plus l'autorité publique ne doit pas pouvoir délivrer des permissions telles que leur octroi serait préjudiciable au concessionnaire ; c'est pourquoi celui-ci a la possibilité d'obtenir le privilège d'utiliser seul les voies publiques dans les limites de sa concession.

Les liens entre les permissions et les concessions résultent des textes eux-mêmes. L'évolution de la législation a tendu à faire de la permission comme un mode secondaire de l'exploitation de certains biens alors que la concession en est le mode principal. La loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique dispose que si la distribution emprunte sur tout ou partie de son parcours les voies publiques, l'exploitation pourra être faite soit sous forme de concession, soit sous la forme de permission de voirie. La concession étant obligatoire pour les distributions dont la puissance est supérieure à 100 KW, la permission se trouve être le régime des petites entreprises. Cette dualité de régimes se retrouve dans la loi du 16 octobre 1919, relative à l'énergie hydraulique. La concession est le mode d'exploitation réservé aux entreprises dont l'objet principal est la

(1) Cons. d'Etat, 14 février, 1902, Blanleuil et Vernaudon S. 1904.3.81, avec une note d'Hauriou.

fourniture de l'énergie à des services publics ou à des associations syndicales et dont la puissance est supérieure à 150 KW ; ou encore des entreprises qui sans réaliser cette destination ont une puissance supérieure à 500 KW. Les petits distributeurs se trouveront donc placés sous le régime de la permission.

Il n'est pas jusqu'au régime minier lui-même où cette dualité de procédés d'exploitations ne se retrouve. Qu'il s'agisse du permis de recherche ou du permis exclusif de la loi de 1922, ou encore du permis d'exploitation de la loi du 28 juin 1927, l'explorateur pourra, avec ou sans autorisation, disposer des produits extraits, cette faculté devant favoriser les prospections et par suite, les concessions.

D'un autre point de vue, il n'est pas sans intérêt de remarquer que par certains de leurs caractères, les permissions participent du type de la concession. Certains des traits qui semblaient propres à celle-ci ont été étendus aux autres. La loi du 27 février 1925 prévoit la possibilité d'imposer au permissionnaire de fournir de l'énergie sur tout ou partie de son parcours et de l'astreindre à des tarifs de vente. On retrouve des conditions communes d'octroi du titre, de durée, de rachat. Il y a donc une tendance à un rapprochement des deux régimes qui correspondent à des besoins différents.

Nous ne pousserons pas plus loin le parallèle. Les liens, de fait, d'abord, légaux ensuite, existant entre les concessions et les permissions rendent logique un rapprochement de ces matières du point de vue de la cession. Nous verrons quelles formes le contrôle de l'autorité publique a dû revêtir à l'égard des transmissions des unes et des autres. Mais les permissions ne seront traitées

qu'accessoirement aux concessions, en fonction d'elles et tantôt par comparaison, tantôt par opposition.

*
* * *

IV. — Notre travail est fixé dans son étendue. Nous avons indiqué ce que nous entendions mettre derrière un titre qui embrasse un ensemble considérable de matières assez peu homogènes. Nous avons écarté celles qu'un examen sommaire aurait pu grouper sous des chefs semblables. Nous avons ajouté, par contre, des éléments qui du même point de vue auraient pu être écartés.

Il reste à préciser quelle sera la progression de nos développements.

Le problème de la cession en droit public est essentiellement un problème de contrôle. L'autorité publique qui a délivré un titre à un individu, par lequel elle l'investit d'une mission ou auquel elle accorde une faculté, doit être appelée à donner son concours, au cas où ce titre est transmis à un tiers. C'est le principe fondamental. C'est cet aspect qui sera envisagé dans notre première partie : *De l'approbation de la Cession.*

Un chapitre premier sera consacré au *Fondement de ce principe*. Nous verrons comment des raisons à la fois juridiques, politiques et pratiques s'opposent à ce qu'une concession soit transmise sans autorisation.

Que ce concours de l'autorité publique soit accordé, sous la forme d'une approbation expresse ou tacite, ou encore à la suite de la notification de la cession du titre, il n'y a là qu'une question de modalité dans l'organisation pratique du contrôle.

Mais dans quels cas ce contrôle de l'autorité concédante sera-t-il mis en jeu et devant quelles personnes administratives ? Sur quelles initiatives et à quel moment ? Quels seront les pouvoirs de ces personnes et quelles seront leurs limites ? En cas d'inobservation des règles prescrites quelles sanctions seront encourues ? Tel est l'ensemble de questions que pose l'application du principe de l'autorisation de la cession des concessions et qui seront examinées dans le chapitre deuxième : *De l'application du Principe.*

Après quoi, il faudra se demander quelle sera la situation du nouveau titulaire au cas où les formes de la substitution auront été observées et ce sera l'objet du chapitre troisième : *Des conséquences de l'Approbation*, qui termine cette première partie.

Mais si les formalités de la cession n'ont pas été observées et que le cessionnaire sans titre régulier exploite le service public, cette qualité d'exécutant d'un service, génératrice de rapports, tant avec le public qu'avec l'autorité administrative lui vaudra-t-elle le bénéfice d'une situation de droit ? En d'autres termes, les rapports qu'il entretient dans l'exercice de son activité lui créent-ils des obligations et des avantages ? Lesquels ? Et quel en est le fondement juridique.

Ces problèmes seront examinés dans les deux chapitres de notre deuxième partie : *De la cession des concessions non approuvée.*

Chapitre premier : *Le cessionnaire au regard du public.*

Chapitre deuxième : *Le cessionnaire au regard de l'autorité concédante.*

L'emploi de cette expression de « cessionnaire » dans les titres de nos deux derniers chapitres, nous invite à

faire quelques remarques de terminologie. Ce n'est point inutile dans une matière qui est sans doute du droit administratif celle où la pauvreté, la confusion et l'inélégance du vocabulaire sont le plus apparentes.

Deux situations se présentent relativement à l'emploi de ce mot ; d'une part, la substitution d'un tiers à la personne du concessionnaire est réalisée en fait et en droit. Le nouveau titulaire agréé par l'Administration est un cessionnaire de droit puisqu'il est régulièrement investi. Mais alors il n'y a aucune raison pour lui donner une qualification différente de celle de concessionnaire, puisqu'il l'est devenu.

D'autre part, la cession a pu n'être réalisée qu'en fait, si elle n'a pas été approuvée régulièrement. Le cessionnaire ne peut évidemment pas être désigné par le mot de « concessionnaire » même s'il en joue le rôle, puisque ce terme vise une situation légale qu'il n'a pas. On a employé, avec des sens synonymes, les expressions de « concessionnaire de fait », « concessionnaire sans titre », « exploitant », « cessionnaire irrégulier », « cessionnaire sans titre ». Tous ces vocables désignent la même chose. On peut les employer indifféremment, aucun d'eux n'ayant été spécialement consacré par l'usage. Nous préférons cependant utiliser le mot de « cessionnaire » sans qualification supplémentaire, étant entendu qu'il ne peut désigner qu'une situation irrégulière, puisque le cessionnaire de droit n'est ni plus ni moins qu'un concessionnaire véritable.

Une autre précision s'impose. L'expression « cessionnaire » se confond-elle avec celle de « rétrocessionnaire » ? Ces deux mots désignent-ils une seule et même situation ? S'ils sont synonymes l'un de l'autre, quand doit-

on employer l'un de préférence à l'autre ; s'ils sont distincts, quelle est leur signification respective.

Le mot de « rétrocession » est usité dans certains textes, notamment dans la loi du 11 juin 1880, relative aux voies ferrées d'intérêt local.

Une interprétation stricte de ce vocable en limiterait l'emploi à la convention par laquelle l'autorité concédante est remise en possession du service par elle concédé. Les termes même de la loi de 1880, les travaux préparatoires autant que la jurisprudence, protestent contre un sens aussi restrictif. Cette expression est constamment employée pour dénommer l'opération par laquelle un département ou une commune, concessionnaire d'un chemin de fer ou d'un tramway accordé par l'État, concède à son tour ce chemin ou ce tramway à une compagnie ou à un entrepreneur. C'est plutôt une sous-concession qu'une rétrocession. Ce serait, d'autre part, donner à ce mot, une acception trop étendue et en contradiction avec la loi de 1880 que de comprendre sous cette dénomination, les cessions totales ou partielles consenties par le concessionnaire ; notamment pour l'application du régime fiscal de faveur édicté par l'article 24 pour les concessions et rétrocessions. Donc, la dénomination de *cession ne visera que les transmissions successives dont la même concession est l'objet entre particuliers*, et le cessionnaire sera la personne privée (individu ou société) qui tient ses droits d'une autre personne privée (individu ou société). Le mot de rétrocession ne sera employé que dans le sens tout spécial que lui donne le texte de la loi de 1880. Et à ce propos, nous aurons à nous poser la question de savoir si la rétrocession nécessite le jeu du principe de l'autorisation préalable.

Nous emploierons indifféremment, dans le cours de ce travail, les expressions d'autorisation et d'approbation. L'idée qu'elles éveillent est la même : une mesure de contrôle exercée dans l'intérêt général et affectant d'une modalité la volonté exprimée par des individus ou des assemblées. L'exercice d'un droit est soumis à une condition suspensive permettant à une autorité déterminée d'étudier l'opportunité de cet exercice et les conséquences qu'il peut entraîner. « Le but et les effets des autorisations et des approbations demeurent identiques, et « notre législation positive n'établit aucune différence « interne entre ces deux figures juridiques (1) »

Il convient enfin d'indiquer la méthode qui sera suivie dans ces pages. A propos de chacune des divisions du plan annoncé, on n'examinera pas ce qui se passe pour chacune des concessions administratives ; on ne prétend pas dresser un catalogue ou donner une solution à toute question posée par notre sujet, mais seulement quelques solutions généralès susceptibles de s'étendre à des situations analogues ou de fournir par leur généralité même, quelques principes conducteurs. On s'appuiera largement sur les enseignements tirés de la jurisprudence et sur les exemples qu'elle offre. C'est d'ailleurs naturel en une matière où les textes sont venus après coup et où le travail d'élaboration jurisprudentielle a précédé le travail législatif. Nous verrons en effet que le principe de l'approbation de la cession des concessions est de formation coutumière. Il s'est appliqué vers le milieu du Second Empire aux concessions de chemins de fer.

(1) De BEZIN. *Autorisations et approbations de tutelle*, th., Toulouse, 1906, p. 61.

Il ne faut point s'en étonner. C'étaient les premiers services publics et les conditions mêmes de leur organisation rendirent les cessions fréquentes. La multiplication des compagnies concessionnaires, la faillite ou l'insuffisance de beaucoup d'entreprises que leurs possibilités financières ne permettaient pas de conduire à bien un service comme celui-là, puis une politique administrative qui après les échecs résultant de la multiplication et de la dispersion des réseaux favorisa leur concentration et leur fusion, tout cela devait amener des substitutions nombreuses.

Puis, il y a eu un déplacement de l'intérêt pratique de notre sujet, avec l'extension même du droit des services publics. De la matière de chemins de fer — dont l'étude n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique — le problème de la cession s'est posé fréquemment dans les services de distribution (eau, gaz, électricité). Les cessions sont nombreuses en effet, dans les services nouveaux en voie d'organisation, où les inexpériences et les tâtonnements des débuts les rendent inévitables. Elles ont alors participé de l'actualité de certaines problèmes. Des distributeurs d'énergie électrique ont cédé leurs concessions à des tiers, qui sans être régulièrement investis, ont exploité le service comme leurs prédécesseurs. La guerre et le bouleversement des prix qui l'a suivie, ont posé à leur égard la question de l'imprévision. Une théorie essentiellement contractuelle comme celle-là pouvait-elle être appliquée à des personnes sans lien juridique avec l'autorité publique ? Pouvait-on, du moins, sous l'empire de considérations d'équité, leur allouer un dédommagement à raison de l'exécution d'un service qui n'avait en rien souffert du

changement de concessionnaire ? Et dans ce cas, quel pouvait en être le fondement juridique ? C'est ainsi que les problèmes les plus considérables de la vie administrative ont eu leurs répercussions dans notre matière. Sur ce point l'œuvre de formation jurisprudentielle, suffisamment ébauchée pour pouvoir être étudiée, se poursuit encore sous nos yeux et cet aspect concret et mouvant de notre sujet n'est pas, sans doute, ce qui en offre le moins d'intérêt.

PREMIÈRE PARTIE

De l'Approbation de la Cession des Concessions

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE L'APPROBATION : SON FONDEMENT

§ I. — LES RAISONS JURIDIQUES : L'« INTUITUS PERSONÆ » DU CONTRAT DE CONCESSION. — SES DIFFÉRENTES FORMES.

L'*intuitus personae* est de l'essence même du contrat de concession. Il est le fondement juridique de la règle que nous étudions et qui peut se formuler de la manière suivante : *Une personne publique, en accordant à des particuliers une concession a en vue les garanties que ces concessionnaires présentent pour l'exécution et l'exploitation de cette entreprise d'utilité générale ; il serait donc contraire à l'ordre et à l'intérêt publics que ceux qui l'ont obtenue aient la faculté de la transmettre sans le consente-*

ment préalable de l'autorité concédante à des tiers qui pourraient ne pas présenter les mêmes garanties (1).

Ces garanties sont assez variables selon la concession envisagée. L'*intuitus personae* revêt donc des formes différentes. Il est possible, après un examen des textes, de les ramener à trois principales. Ce sont : soit des conditions de nationalité, soit des conditions de capacité, soit enfin, une politique administrative et financière dans la conduite de son service qui sont exigées du concessionnaire. Ces trois éléments peuvent se trouver, soit distincts, soit réunis, dans une même concession. Il convient de préciser chacun d'eux par quelques exemples.

A) La nationalité française exigée du concessionnaire

La loi du 16 octobre 1919, relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, dispose que toute concession ne peut être accordée qu'aux seuls Français (art. 26). Et cette prescription s'applique également à la cession. Au cas où il s'agit d'une société, celle-ci doit avoir son siège social en France et être régie par les lois françaises. Le président du Conseil d'administration, les administrateurs-délégués, les gérants, les directeurs ayant la signature sociale, les commissaires aux comptes et les deux tiers, soit des associés en nom collectif, soit des administrateurs, soit des membres du Conseil de direction ou du Conseil de surveillance, doivent être Français. Le législateur a entendu, par ces dispositions précises, assurer la prépondérance des intérêts français dans les

(1) Cass. Civ. 3 mai 1924 S. 1924.1.65, avec une note de M. A. MESTRE.

divers organes de la société, sauf dérogation exceptionnelle prise par décret délibéré en Conseil des Ministres et contre-signé par le Président du Conseil, le Ministre des Travaux Publics et le Ministre des Affaires Étrangères.

Il a obéi aux mêmes préoccupations d'ordre national qui lui avaient dicté un texte restrictif à la liberté de cession des Mines. Après la guerre, le souci de mise en valeur des richesses du territoire était très vif ; il s'y ajoutait un désir d'assurer l'indépendance économique du pays. Et c'est la raison de l'interdiction de principe formulée par l'article 27 de la dérivation à l'étranger de l'énergie produite en France. De telles prescriptions concernant la nationalité française du concessionnaire — et où par conséquent l'*intuitus personæ* du contrat de concession est saillant — ne sont pas isolées ; elles se retrouvent en matière de voies ferrées d'intérêt local. L'article 26 *in-fine* de la loi du 31 juillet 1913 dispose que les Conseils d'administration des sociétés de voies ferrées d'intérêt local devront être composées en majorité de Français ou de naturalisés Français.

Lorsque des textes prévoient, de façon aussi expresse, que la nationalité française est exigée des concessionnaires, il est logique qu'une substitution de personnes, en dehors du concours de l'autorité concédante, ne vienne pas permettre d'éluder une telle condition. Or, ce serait le danger de la liberté de cession.

B) Une certaine capacité financière

Elle est quelquefois exigée du demandeur en concession. C'est ainsi que la loi relative aux voies ferrées

d'intérêt local est venue exiger du demandeur en concession le versement d'un cautionnement avant la déclaration d'utilité publique. L'importance en est fixée par le cahier des charges. Il peut d'ailleurs être remboursé partiellement, en cours des travaux. Plus souvent, la capacité financière est requise du concessionnaire lui-même. On peut même dire qu'une telle exigence est de droit commun en cette matière. La condition est, selon les textes, plus ou moins précisée. La loi précitée, particulièrement explicite sur le régime financier, fait au concessionnaire l'obligation d'engager dans l'entreprise une somme égale au cinquième du capital de premier établissement. Pour calculer la part ainsi engagée dans l'entreprise, il est tenu compte des capitaux dépensés par le concessionnaire dans les entreprises ayant un lien avec l'entreprise nouvelle, soit que celle-ci constitue à l'égard des autres un prolongement ou un raccordement de voies, soit qu'il s'agisse d'un réseau groupé dans une même exploitation départementale, ou communale. Mais à tout instant, la part versée par le concessionnaire doit être au moins égale au cinquième des dépenses déjà faites pour l'ensemble du réseau. Cette disposition a entendu favoriser ceux qui ont déjà fait leurs preuves comme concessionnaire et dont les antécédents constituent un titre sérieux pour l'exploitation du service. Leur personnalité leur confère cet avantage. D'autres textes se bornent à affirmer le principe de la capacité financière du concessionnaire laissant à l'administration la faculté d'apprécier. La loi du 21 avril 1810, sur les mines, dans sa section 2 « de la préférence à accorder pour les concessions », déclare que le concessionnaire, qu'il soit un individu ou une société, doit

justifier des facultés nécessaires pour entreprendre et conduire les travaux et des moyens de satisfaire aux redevances et indemnités qui lui seront imposées (art. 14). Le même texte consacre la liberté de choix du gouvernement entre les divers demandeurs, qu'il s'agisse du propriétaire de la surface, de l'inventeur du gisement ou de tout autre (1).

C) Une certaine politique administrative et financière

Le concessionnaire doit s'engager à suivre une certaine politique administrative et financière. En acceptant les règles législatives et les dispositions réglementaires qui président à l'organisation et au fonctionnement du service dont il se charge, du travail qu'il entreprend, il renonce à ses méthodes propres pour entrer dans les vues de l'administration. Et sa liberté d'action est le plus souvent très limitée, surtout au point de vue financier. Les sociétés concessionnaires de voies ferrées d'intérêt local ne peuvent émettre que des obligations garanties par la totalité de l'actif social et toute émission doit être autorisée. De plus, l'émission ne peut être accordée pour une somme supérieure au montant du capital actions et avant emploi de la moitié au moins de ce capital en achat de terrains, travaux, approvisionnements. Le capital actions devra être effectivement versé sans qu'il puisse être tenu compte des actions libé-

(1) Des justifications financières suffisantes sont également exigées des demandeurs en concessions domaniales aux colonies : art. 11 du D. du 4 novembre 1928 (Indochine) ; art. 60 du D. du 28 septembre 1926 (Madagascar).

rées ou à libérer. Aucune émission d'obligations ne peut avoir lieu pour subvenir, même en partie, au cinquième des dépenses d'établissement fourni par le concessionnaire (art. 28). La société concessionnaire accepte de se conformer à un certain type prévu par le législateur ou le gouvernement et qui est celui-là même que l'autorité concédante a en vue lorsqu'elle octroie la concession. Elle pense que la société demanderesse entrera dans ce cadre déterminé à l'ayance et c'est dans cette vue, que se réalise l'*intuitus personae*.

L'*intuitus personae* est inhérent au contrat de concession. Il en est un élément essentiel, qui revêt simplement des formes diverses. C'est en raison de la présence de cet élément que la cession ne peut se réaliser juridiquement qu'avec l'agrément de l'autorité concédante. Cela implique donc qu'il y a dans tout contrat de concession un élément personnel. Cet élément est-il conciliable avec l'existence d'une société anonyme ? Il ne faut pas hésiter à répondre affirmativement. Sans doute, la plupart des concessions sont plutôt faites à des sociétés anonymes mais, cela tient à ce que ces sociétés sont les seules dont l'existence ne soit pas affectée par les accidents de la vie humaine et que, d'autre part, leur puissance financière leur permet d'entreprendre et de mener à bien la gestion des grands services publics. D'ailleurs, une obligation de faire aussi importante ne se comprendrait pas sans un certain *intuitus personae*. L'anonymat n'est pas nécessairement contraire à toute considération de personne. On a fait justement remarquer que ce qui est vrai des rapports des associés entre eux, ne l'est pas nécessairement des rapports des tiers avec les représen-

tants de la société. On conçoit très bien qu'un plan de conduite personnalise en quelque sorte la société (1).

§ II. — LES RAISONS POLITIQUES

A) La sauvegarde d'un intérêt national

C'est sous l'empire de cette considération qu'a été voté l'article 138 de la loi de finances, du 13 juillet 1911, soumettant à l'autorisation les transmissions de concessions de mines. M. Albert Thomas, qui en prit l'initiative, notait dans son rapport que les hommes les plus ardents à vouloir exploiter nos richesses minières, sont précisément les étrangers. Dans le bassin de Normandie, M. Thyssen était le véritable propriétaire de trois grandes concessions de mines de fer. Dans le riche bassin de Meurthe-et-Moselle, la participation d'éléments étrangers était importante. Sur 67 concessions du bassin de Longwy-Briey, 10 étaient en totalité à des usines étrangères, 8 dans la proportion de 67 à 80 %, 3 jusqu'à concurrence de 50 %, 4 jusqu'à concurrence de 25 à 40 %. Or, les statistiques ne portent que sur les sociétés au moment de l'achat de la concession ; mais depuis lors, les actions d'apport créées par les concessionnaires primitifs peuvent avoir été rachetées par d'autres.

Cet abandon de nos minerais sans contrôle de la puissance publique à des capitalistes étrangers était grave en lui-même. Il constituait un péril à une heure où les dangers de conflits extérieurs se précisaient. La mainmise étrangère sur nos richesses minières pouvait

(1) CARPENTIER et MAURY. *Traité des chemins de fer*, t. I., n° 378.

affaiblir notre défense nationale en la privant de ressources qui lui sont indispensables. Elle pouvait aussi compromettre des intérêts vitaux en restant peu sensible à des préoccupations dictées par l'intérêt national. Il importait donc de prévoir un contrôle de l'État sur les opérations de cession de mines.

B) Un intérêt de politique administrative

L'autorité publique peut vouloir légitimement contrôler la tendance de certains concessionnaires au groupement, soit pour l'encourager dans ce qu'elle a de rationnel, soit pour l'empêcher à raison des dangers qu'elle peut présenter pour l'intérêt public. En tous cas, pour profiter de l'occasion qui lui est offerte de stipuler quelques avantages en faveur de la collectivité en échange de son assentiment. C'est ainsi que le gouvernement français, de 1852 à 1870 a favorisé en matière de chemins de fer ce qu'on a appelé « la politique de la fusion ».

« Le gouvernement favorisa la réunion, la fusion des
« compagnies afin de constituer des sociétés fortes et
« puissantes, n'ayant pas à craindre de concurrence
« pour leurs lignes principales, maîtresses de tout le
« trafic susceptible d'affluer sur ces lignes, n'ayant pas
« à redouter de voir tarir la source la plus abondante
« de leurs revenus et pouvant, par suite, consacrer leurs
« excédents de produits nets, et leurs plus-values à
« l'établissement de chemins secondaires que des sociétés
« indépendantes auraient hésité à entreprendre en raison
« de l'insuffisance présumée de leur rendement. Cette
« fusion avait, en outre, aux yeux du gouvernement

« l'avantage d'accroître l'unité et l'homogénéité du service, d'éviter les transbordements et de diminuer les frais généraux (1) ».

Cette substitution de concessionnaires puissants et peu nombreux à des concessionnaires multiples et sans surface financière était de bonne politique administrative : elle visait à la simplification de l'exploitation, à l'efficiencia du rendement, à l'uniformité du service et à sa régularité (2).

Parmi ces fusions, celle du Grand Central aux compagnies de Lyon et d'Orléans est la plus caractéristique de cette période de l'histoire des réseaux. On avait concédé au Grand Central de nombreuses lignes et il se trouvait dans une situation embarrassée. Tributaire à la fois de la Compagnie d'Orléans, de celle de Paris-Lyon, de celle du Midi, il n'aboutissait ni à la mer ni aux frontières ; sa vitalité était insuffisante. En 1856, la Compagnie avait presque épuisé son fonds social et se trouvait aux prises avec les difficultés les plus graves pour réaliser ses emprunts : elle était acculée à la cession de son entreprise. Elle conclut, en 1857, un traité avec les deux Compagnies d'Orléans et Lyon-Méditerranée, qui se voyaient attribuer les obligations du Grand Central, la subvention de l'État et un prix de cession. Le traité devait recevoir l'approbation gouvernementale. Le Ministre des Travaux Publics accueillit favorablement les ouvertures qui lui étaient faites, mais profita

(1) PICARD. *Les chemins de fer français*, t. II, p. 456 et ss.

(2) Des idées analogues de rationalisation des transports et aussi le souci des économies ont dicté de nos jours des fusions telles que celles du Nord-Sud avec le Métropolitain, celles de la Cie du Midi avec la Cie du Paris-Orléans. Sur la distinction entre la fusion et la cession (*infra*).

de l'occasion pour donner satisfaction à des intérêts jusque-là délaissés et pour stipuler, tant au profit de l'État que du public, certains avantages, notamment des réductions de tarif. Un décret du 19 juin 1857 approuva les contrats sous réserve des clauses financières qui firent l'objet de deux projets de lois. Telle fut la réalisation d'un projet de cession de concession de chemins de fer, particulièrement important par ces résultats. On pouvait penser qu'il y avait quelque inconvénient à placer entre les mains de deux compagnies puissantes, toutes les voies ferrées de communication de près des deux tiers du pays. C'était cependant le seul moyen d'assurer l'exécution de lignes nouvelles, nécessairement peu productives, de façon à ce qu'elles profitent des plus-values des lignes antérieurement concédées et de la compensation qui s'établirait entre les insuffisances des unes et le surcroît de recettes des autres. Cette concentration des Compagnies de chemins de fer entre les mains d'un petit nombre de concessionnaires éveilla des craintes, souleva des protestations qui se traduisirent au Corps législatif (1). Emile Ollivier combattît le projet de loi, parce qu'il tendait à constituer des monopoles trop redoutables et parce que la consolidation d'un petit nombre de Compagnies était le prélude de leur réunion, puis de leur remplacement par l'État.

Ce que nous tenions à souligner en évoquant cet exemple historique, c'est que l'autorité publique, l'État, s'était servi de la procédure de l'approbation pour exercer son droit de contrôle sur ces opérations de fusion

(1) *Moniteur Universel*, 27-28 mai 1857, observation du Vicomte Lemercier

qui ont profondément modifié la physionomie de nos réseaux. Un intérêt de politique administrative, hautement entendue, justifie donc le principe de l'approbation préalable de la cession.

§ III. — LES RAISONS D'ORDRE PRATIQUE

Des raisons pratiques justifient enfin le principe de l'approbation de la cession. Toute transmission de concessions est suspecte à l'Administration car elle constitue une opération à laquelle elle reste étrangère.

S'agit-il d'une cession volontaire ? l'Administration ne choisit pas le cessionnaire ; mais c'est le cédant qui le lui présente. Cette situation diffère donc de la rétrocession où le choix est effectué par une personne publique (département, commune), soumise à la tutelle administrative et en toute indépendance puisque cet acte ne peut être discuté par des tiers devant le Conseil d'État statuant au Contentieux (1).

Il est donc normal que l'Administration contrôle l'opération à la suite de laquelle elle subit le choix d'un collaborateur. C'est d'autant plus normal que le traité de cession, conclu *inter partes*, est une opération de droit privé, réalisé en vue de satisfaire à des intérêts particuliers, quelquefois destiné à procurer au cédant des avantages immédiats (2) ; la personne publique peut être tentée de n'y voir qu'un trafic aux dépens des intérêts collectifs dont elle a la charge.

(1) Cons. d'État, 13 février 1914, Milsom, Rec., p. 190.

(2) Cons. d'État, 7 mai 1909. Ville de Guérande, D. P. 1911. 3.23.

D'un autre point de vue, financier ou boursier, l'opération de cession revient à réunir les éléments patrimoniaux d'une affaire avec ceux d'une autre affaire. Avec l'acte de puissance publique de l'autorité concédante, il y a des installations, des titres ou valeurs auxquelles cet acte donne un intérêt spécial. La transmission opère une liaison entre des éléments divers dont la valeur intrinsèque peut se trouver très inégale. On peut redouter que la concession qui fait l'objet d'un apport à une entreprise soit considérée par celle-ci comme un élément de rapport destiné à la soutenir, à lui donner une impulsion nouvelle, à la faire vivre même. C'est la raison pour laquelle il importe que l'administration vérifie la surface financière du cessionnaire autant que ses capacités commerciales nécessaires pour mener à bien la gestion de l'entreprise nouvelle.

Enfin, la concession ayant été donnée pour assurer la marche d'un service d'intérêt général, il serait contraire à ce but que le prix de sa transmission puisse faire l'objet de manœuvres spéculatives, que le concessionnaire primitif se réserve des avantages pécuniaires par trop excessifs. Ces abus ne peuvent être évités que si l'Administration se réserve non seulement le droit d'approuver l'opération, mais encore celui d'en contrôler le prix.

S'agit-il d'une cession forcée ?

Là non plus, l'Administration n'a pas l'initiative du choix. Le cessionnaire s'impose à elle, à la suite de la procédure de l'adjudication. Le principe de l'approbation de la cession se justifie d'autant mieux, qu'en cas de faillite du concessionnaire, la personne publique concédante n'a pas nécessairement un droit de préemp-

tion sur sa propre concession (1). C'est du moins ce qui a été jugé dans une espèce où une compagnie concessionnaire de l'éclairage public, dans une commune, ayant été déclarée en état de faillite, le syndic avait fait mettre en vente par voie d'adjudication les concessions d'éclairage dépendant de l'actif de la Compagnie. Quelques jours avant la vente, la commune mit en demeure le syndic d'avoir à insérer au Cahier des Charges une clause aux termes de laquelle elle déclarait qu'au cas où elle ne rachèterait pas sa propre concession, elle userait du droit de préemption. Cette prétention à laquelle le syndic n'avait pas satisfait n'a pas été jugée légitime : la commune ne pouvant demander que la concession lui soit remise, en l'absence de toute disposition dans le traité de concession.

Ceci dit, il convient de remarquer que la responsabilité du concessionnaire primitif pourra bien sans doute assurer à la personne publique la réparation du préjudice causé par l'exploitation du concessionnaire, mais il est préférable d'agir par voie préventive pour tâcher d'éviter un fonctionnement défectueux du service.

§ IV. — L'OPINION DES AUTEURS : L'ARGUMENTATION DE BOUCHENÉ-LEFER

Le principe de l'approbation de la cession est, on l'a vu, sérieusement fondé : les divers ordres de raisons que nous venons d'envisager, concourent à sa justification. La jurisprudence, la pratique administrative,

(1) Cons. d'État, 28 février 1913. Commune de Richelieu, Rec., p. 291.

la doctrine, les ont développées. Les auteurs cependant n'ont pas été unanimes. Sans doute, la plupart de ceux qui ont écrit sur les concessions, plus spécialement sur les chemins de fer, ont admis qu'à raison de l'*intuitus personæ*, qui présidait à la conclusion du contrat de concession, la transmission ne pouvait s'opérer à l'égard de l'autorité concédante par la seule volonté des parties. L'un d'eux, Bouchené-Lefer a présenté une argumentation que nous croyons intéressant de reproduire (1). Elle est fondée sur une analyse de la nature du droit de la concession qui, par son ingéniosité, masque tout ce qu'une concession de chemins de fer peut contenir de service public pour mettre en relief son caractère de perfectionnement de la voie publique et l'élément travail public.

Toute concession de chemin de fer est d'abord, une permission de police, de grande voirie pour ainsi dire, ayant pour objet et pour effet de déclarer que la pose des rails sur la voie publique n'est pas de nature à nuire à la destination de celle-ci. Elle est de plus, une affectation de la voie publique ordinaire, à l'établissement de la voie ferrée considérée par le gouvernement comme étant favorable à la circulation et reconnu d'utilité publique. Ainsi, droit de poser des rails sur la voie publique et droit de consacrer à ce service la voie publique sont les principaux droits conférés au concessionnaire. Mais la concession est, en outre, et surtout de la part de l'État, un traité, une convention, un marché de travaux publics stipulant entre lui et le concessionnaire, l'amélioration et le perfectionnement de

(1) Consultation à l'appui du pourvoi Cas. Civ. 14 février 1859, Mancel, D. P. 1859.1.113.

la voie publique au moyen d'un chemin de fer. Les travaux devant nécessiter des dépenses et des avances de fonds, la concession crée au profit du concessionnaire un privilège, un monopole, consistant dans la perception d'un droit de péage à payer par ceux qui useront de la voie ferrée de préférence à la voie publique ordinaire. Ce péage est vis-à-vis du public un acte d'autorité et entre le concessionnaire et l'État un avantage contractuel.

La concession de la construction et de l'exploitation d'un chemin de fer est-elle transmissible sans l'assentiment de l'autorité publique ?

Comme permission de police, comme autorisation de toucher à la route, au domaine public, la concession est transmissible de plein droit, car sous ce rapport, la concession s'applique, non à la personne, mais à l'entreprise ; une fois donnée, la permission est valable pour quiconque succède au concessionnaire. Exemple ; j'obtiens pour la construction d'un bâtiment un alignement ; bien qu'il soit en mon nom, si le terrain est vendu, la permission passera de plein droit au nouveau possesseur. De même, l'autorisation d'établir une usine, même sur un cours d'eau navigable et flottable ; la permission de police est de plein droit transmissible avec l'entreprise, sans acte du gouvernement.

Il faut en dire autant de cette partie de la concession qui consiste en l'affectation de la route ou du domaine public, de la reconnaissance d'utilité publique. Ces actes de l'autorité ne sont pas personnels au concessionnaire. Ils doivent suivre l'entreprise en toutes les mains où elle passe. Quant aux marchés de travaux publics, partie de la concession par laquelle le gouver-

nement stipule et contracte, il est de sa nature transmissible entre parties privées, car cette transmission ne change rien aux obligations nées en faveur de l'État ou du public. Il ne saurait être contraire à la raison, à l'ordre, ni même à l'intérêt public que ce marché passe à des tiers, même à l'insu et sans l'agrément du gouvernement. Une seule chose importe à l'État, c'est l'exécution du marché, l'accomplissement des obligations contractées par le concessionnaire. L'exploitation de la voie ou droit de percevoir un péage n'étant qu'un mode de jouissance et un mode de remboursement des dépenses faites, cet avantage suit l'entreprise dans les mains où elle peut passer. Il peut être cédé et transmis sans intervention du gouvernement. Il est vrai que la perception doit s'exercer vis-à-vis du public ; il est essentiel que les agents de cette perception soient directement ou indirectement reconnus par le gouvernement. « Nous venons de passer en revue, dit Bouchené-Lefer, tout ce qui compose la concession et nous n'y voyons rien qui ne soit transmissible. » Droits et avantages, obligations même, peuvent être cédés et former l'objet de conventions entre particuliers, à la condition qui n'est pas d'ordre public, que la Compagnie concessionnaire reste vis-à-vis de l'État responsable de ses obligations ; à la condition encore que la perception du péage soit faite par des agents directement ou indirectement accrédités par le gouvernement.

Nous avons exposé cette opinion pour indiquer, qu'à une certaine époque, la règle de l'autorisation n'avait pas rallié l'unanimité de la doctrine. Nous ne nous proposons pas de reprendre l'argumentation de Bouchené-Lefer. Nous indiquerons cependant que cet

auteur n'est pas allé jusqu'au bout de sa thèse. Il a senti qu'il y avait pour l'État et le public un intérêt justifiant l'intervention du gouvernement dans les transmissions. Et cet intérêt lui est apparu « sous le « rapport de la garantie que peut offrir la personne du « concessionnaire ou du cessionnaire, la moralité et « jusqu'à un certain point la solvabilité de l'un et de « l'autre ». Il admettait la condition de l'approbation, comme une condition résolutoire. Réserve qui est insuffisante, puisque la convention affectée d'une condition résolutoire est néanmoins susceptible de produire certains effets.

§ V. — ANALOGIE ENTRE LE PRINCIPE DE L'APPROBATION
DES CESSIONS DE CONCESSIONS ET L'APPROBATION
DES SOUS-TRAITÉS EN MATIÈRE DE MARCHÉS DE
TRAVAUX PUBLICS.

Il n'est pas inutile de souligner, en terminant ce chapitre, que le principe de l'approbation de la cession — dont on va étudier les modalités d'application pour les concessions et les permissions — est également applicable aux marchés de travaux publics. Bien des règles tracées par les textes ou par la jurisprudence en cette matière, ont été reprises pour l'autre. Un bref rappel s'impose donc pour montrer à quel point l'analogie est certaine.

Sur le principe d'abord ; — l'entrepreneur doit, comme le concessionnaire pour son contrat, exécuter *personnellement*, à moins d'une autorisation expresse de l'Administration. C'est en vue de sa capacité et de

sa solvabilité personnelle que l'entrepreneur a été choisi, il ne peut donc transmettre son marché sans le consentement de l'Administration. L'obligation d'exécution personnelle découle du caractère d'*intuitus personae* du marché. Le procédé de choix de l'entrepreneur importe peu : qu'il s'agisse d'une désignation directe ou de gré à gré, ou qu'il s'agisse d'une désignation effectuée après une procédure d'adjudication parmi des concurrents admis à soumissionner après vérification de leurs capacités professionnelles et de leur moralité. On ne peut objecter « que dans le cas d'une adjudication, l'entrepreneur désigné par la voie des enchères ne peut être réputé avoir été choisi personnellement ; il est facile de répondre que l'adjudication ne s'ouvre qu'entre personnes préalablement agréées, en principe, par l'Administration et que le seul fait d'avoir admis un candidat à soumissionner équivaut à un véritable choix. L'adjudication, pourrait-on dire, permet simplement de dégager la personnalité de l'entrepreneur définitif, d'extraire ce dernier d'un ensemble de concurrents, tous déjà reconnus aptes à passer avec l'Administration le marché qui fait l'objet du concours (Béquet) ».

L'ancien cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées interdisait d'une manière absolue, la cession totale ou partielle de l'entreprise. L'article 9 du nouveau cahier (1910) admet les sous-traités, sous les réserves suivantes : « L'entrepreneur ne peut céder « à des sous-traitants une ou plusieurs parties de son « entreprise sans le consentement de l'Administration. « Dans tous les cas, il demeure personnellement responsable, tant envers l'Administration qu'envers

« les ouvriers et les tiers. Si un sous-traité est passé
« sans autorisation, l'Administration peut, suivant
« les cas, soit prononcer la résiliation pure et simple de
« l'entreprise, soit procéder à une nouvelle adjudication
« à la folle enchère de l'entrepreneur. » De même, le
décret du 10 août 1899 sur les marchés de l'État (art. 2),
dispose que « l'entrepreneur ne pourra céder à des
« sous-traitants, aucune partie de son entreprise, à
« moins d'obtenir l'autorisation expresse de l'Admi-
« nistration et sous la condition de rester personnelle-
« ment responsable, tant envers l'Administration que
« vis-à-vis des ouvriers et des tiers ». Le texte du décret
de 1899, aussi bien que les termes des divers cahiers
des clauses et conditions générales, ne visent expressé-
ment que la cession d'une ou plusieurs parties de l'en-
treprise ; c'est à cette hypothèse que s'applique particu-
lièrement l'expression de sous-traité. La substitution
évoque l'idée d'une cession complète et intégrale. Bien
que cette dernière opération ne soit pas personnellement
envisagée par les textes, elle est soumise aux mêmes
règles que le sous-traité (1).

Le danger des sous-traités, c'est le même que celui
de la cession partielle s'appliquant aux concessions.
C'est le partage, le morcellement des responsabilités
ne laissant à l'Administration que des moyens d'action
d'efficacité limités. Le danger des substitutions ou des
cessions, c'est la crainte de voir disparaître les garanties
offertes par le premier entrepreneur ou le premier con-
cessionnaire. D'où il suit que les textes ont voulu sou-
mettre à l'autorisation préalable l'acte par lequel l'en-

(1) Cas. Req., 13 juillet 1886, D. P. 1886.1.307.

trepreneur ou le concessionnaire s'en remettait à des tiers du soin d'assurer tout ou partie de ses obligations. Les raisons qui justifient cette règle, valent aussi bien pour les sous-traités que pour les cessions de concessions.

L'analogie n'est pas moins certaine pour l'application du principe. Bornons-nous à indiquer quelques traits communs. Tout d'abord, en ce qui concerne les formes par lesquelles l'Administration donne son assentiment. Aucune forme solennelle n'est prévue, mais l'approbation doit être formelle et explicite. Elle peut résulter de la constatation par l'Administration de la substitution d'un sous-traitant à l'entrepreneur (1), ou du fait de l'avoir chargé de continuer les travaux de l'entreprise (2). Nous verrons que les rapports que le concédant établit avec le cessionnaire peuvent, dans certaines circonstances, être considérés comme équivalents à une reconnaissance du titre de concessionnaire.

Qu'il s'agisse de sous-traités ou de cessions, l'autorité administrative a des pouvoirs d'approbation qui présentent des traits communs : dans un cas comme dans l'autre, l'Administration peut accorder ou refuser son agrément. Elle est libre de subordonner à certaines conditions (dépôt d'un cautionnement supplémentaire, par exemple) une décision favorable au demandeur, de stipuler que l'entrepreneur ou le concessionnaire primitifs resteront garants responsables de l'exécution du marché ou du contrat par leur cessionnaire. Cette dernière clause est de style pour les marchés.

Analogie encore du point de vue des sanctions applicables au cas d'inobservation de la règle de l'appro-

(1) Cons. d'État, 24 décembre 1863, *Franciel*, Rec., p. 887.

(2) Cons. d'État, 18 janvier 1907, *Blandrady*, Rec., p. 53.

bation. Un sous-traité intervenu en dehors du contrôle de l'autorité administrative est radicalement nul (1) et inexistant aux yeux de l'Administration. Mais la méconnaissance complète par celle-ci du contrat qu'elle n'a pas approuvé et la mise à la charge de l'entrepreneur cédant de toutes les conséquences de la gestion de son cessionnaire ne seraient pas une sanction suffisante. Les clauses et conditions générales des marchés de travaux publics stipulent que si un sous-traité est passé sans approbation, l'autorité administrative compétente pourra, soit prononcer la résiliation pure et simple, soit procéder à une nouvelle adjudication, à la folle enchère de l'entrepreneur. Or, nous retrouverons ces sanctions — la nullité du traité de cession, la déchéance — dans la matière des transmissions de concessions. Il n'était pas inutile, dès lors, d'indiquer par avance, que la jurisprudence en s'élaborant sur cette matière avait pu raisonner implicitement en partant des solutions qu'elle avait fait prévaloir en matière de marchés de travaux publics (2).

(1) Cons. d'État, 26 mars 1850, Painchaux, Rec., p. 314.

Cons. d'État, 30 juin 1882, Bélier, Rec., p. 634.

Cass. Crim., 30 décembre 1892, Ferrand, D. P. 1894. I. 364.

(2) Sur tous les points concernant l'approbation des sous-traités en matière de travaux publics, voyez MONTMERLE, *Situation juridique de l'entrepreneur de Travaux Publics*, Th., Paris, 1931, p. 97 et ss.

CHAPITRE II

L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'APPROBATION

§ I. — LE DOMAINE D'APPLICATION

Le problème est le suivant : dans quels cas l'approbation de la cession est-elle requise ? Cela revient à se demander ce qu'il faut entendre par l'opération de cession, puisque toutes les fois qu'il y a cession il doit y avoir approbation. La réponse à cette question déterminera le domaine d'application de la règle que nous étudions.

L'approbation de la cession est requise toutes les fois que l'on se trouve en présence de la *substitution d'un exploitant à un autre*. Nous étudierons donc, en premier lieu, les cas dans lesquels cette substitution se trouve réalisée ; en second lieu les exceptions à cette règle, car il est des situations qui, tout en entraînant un changement de concessionnaire, ne sont pas soumises à l'assentiment de l'autorité concédante.

A) Des cas où l'approbation est requise

L'approbation de la cession est requise toutes les fois que l'on se trouve en présence de la substitution d'un exploitant à un autre et c'est cette caractéristique qui permet de distinguer la cession de la fusion. La

fusion diffère par nature de la cession en ce qu'elle ne réalise pas comme celle-ci une substitution de personne. Elle concentre sur un concessionnaire dont elle élargit le champ d'activité, deux ou plusieurs titres de concessions distincts. Là où par exemple il y avait deux concessions de mines, il n'y en aura plus qu'une. Avec la cession, une personne complètement étrangère à l'Administration risque de s'interposer entre celle-ci et le public ; avec la fusion, un particulier déjà titulaire de la concession risque d'augmenter démesurément ses possibilités d'action, son influence. La réalisation de la fusion intéresse donc, soit pour la favoriser, soit pour l'empêcher, l'Administration gardienne des intérêts généraux. Lorsque plusieurs concessions appartiennent au même titulaire ou à des titulaires distincts, il peut y avoir intérêt à les réunir en une seule pour donner à l'exploitation plus d'unité. En d'autres circonstances de temps et de lieu, il peut être de bonne politique de s'opposer à ces fusions, à ces groupements d'intérêts dangereux par leur puissance. C'est pourquoi le concours de l'autorité concédante reste nécessaire pour la validité de cette opération (1). C'est par cette exigence seule que la fusion des concessions se rapproche de la cession.

La substitution d'un exploitant à un autre peut avoir lieu — et c'est le cas normal — par le fait du concessionnaire qui transmet volontairement son titre à un tiers : c'est le cas de *cession volontaire*. Elle peut avoir lieu également par le fait de la faillite ou de la liquidation judiciaire du concessionnaire. C'est le cas

(1) Cons. d'État, 14 juin 1912, D. P. 1915.3.27., concernant une fusion de concessions de mines.

de *cession forcée*. Le principe de l'approbation n'est pas moins entier dans le premier cas que dans le second. Quelques explications sont nécessaires pour montrer en quoi une cession forcée ne fait pas obstacle à l'application du droit commun de la cession.

Une concession est accordée. S'il s'agit d'un service public de quelque importance, nécessitant l'emploi de fonds considérables comme la construction et l'exploitation d'un réseau ferré ou l'aménagement d'une chute ou la distribution de l'énergie, le concessionnaire sera le plus souvent une société anonyme. Par sa nature et par son objet, la société sera essentiellement commerciale ; la réalisation de bénéfices étant le but de l'entreprise. Or, aux termes de l'article 437 du Code de Commerce, tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. Cette disposition est formulée dans des termes tels qu'elle ne comporte aucune exception. Rien ne s'oppose à la mise en faillite d'une société concessionnaire. Une jurisprudence fort ancienne s'est affirmée à ce sujet pour les concessions de chemins de fer (1). « Il importe peu, dit « la Cour de Cassation, que la Compagnie concessionnaire « soit placée sous la dépendance et sous la direction de « l'Administration dont elle reçoit l'impulsion ; que le « contrôle de l'Administration ne s'exerce que dans « l'intérêt général et pour assurer le service public confié « au concessionnaire ; qu'en ce qui touche ses intérêts « privés, la société conserve son indépendance et son « initiative dans la limite de ses statuts ; que le contrôle du gouvernement ne fait pas plus obstacle à la gestion d'un syndic qu'à la gestion des administrateurs

(1) Cass. Req., 14 juillet 1862, ch. de fer. de Graissessac-à-Béziers, S. 1862.1.938.

« de la société tant qu'elle est *in bonis*. » La concession est entre les mains de son titulaire un droit. Il constitue, quelle qu'en soit la nature, une propriété pour lui, formant le gage de ses créanciers. Ceux-ci doivent pouvoir le réaliser s'il cesse de faire honneur à ses engagements. Mais la réalisation de cette propriété, conséquence de la faillite, n'est possible qu'avec l'autorisation du gouvernement. L'État gardant toujours ses droits vis-à-vis du concessionnaire nouveau. Le fait qu'il s'agisse d'une cession forcée, c'est-à-dire, d'une circonstance affectant la concession dans ce qu'elle a de privé, ne saurait mettre obstacle au droit de contrôle de l'administration qui s'exerce dès l'instant que la transmission matérielle du titre est réalisée.

La mort du concessionnaire entraîne-t-elle au profit de ses héritiers la transmission de son titre ? Cet événement peut-il être considéré comme un cas de cession forcée pour lequel l'autorisation administrative est requise ? Il est généralement admis que la mort ne résout pas le contrat de concession (1). Celui-ci, au surplus, est généralement exécuté par des sociétés anonymes qui ne sont pas affectées par les accidents de la vie humaine. Un arrêt du Conseil d'État (2) a admis que le décès du concessionnaire ne rendait pas caduque la concession qu'il avait obtenue alors que loin d'être personnelle, elle impliquait la constitution d'une société anonyme. Mais s'il n'y a pas société anonyme, si le contrat est exécuté

(1) Voyez les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu : Cons. d'État, 20 janvier 1905, Rec., p. 61.

(2) Cons. d'État, 5 mars 1897, Daumas. Rec., p. 194.

par un individu, comme ce pourrait être le cas dans des distributions d'énergie de peu d'importance, ayant un champ d'action local ? Il semble bien qu'alors on doive appliquer le droit commun de la cession, c'est-à-dire le principe de l'approbation de la transmission aux héritiers. La situation est, à notre sens, tout à fait semblable à celle de l'entrepreneur de Travaux Publics (art. 36 du C. C. G.). Au cas où il décède, le contrat est résilié de plein droit, sauf à l'Administration à accepter, s'il y a lieu, les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des travaux. Les héritiers sont libres de leurs propositions ; ils sont seuls juges de leur opportunité ; mais si l'Administration, qui n'a pas l'obligation d'en tenir compte, les accepte, elle se trouve liée vis-à-vis d'eux. Rien, à défaut de textes contraires (1), ne nous paraît devoir écarter des solutions semblables en cas de mort du concessionnaire. L'Administration ne saurait être tenue d'accepter contre son gré les héritiers de celui-ci, comme nouveaux concessionnaires.

La substitution d'un exploitant à un autre, telle est la condition nécessaire pour que le principe de l'approbation préalable ait à jouer. Nous avons déjà fait une première distinction selon que la transmission du titre est forcée, c'est-à-dire, réalisée à la suite d'une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire, ou à la suite du

(1) Ils sont relatifs à certaines concessions coloniales. L'art. 27 du D. du 4 novembre 1928, sur le régime domanial de l'Indochine est ainsi conçu : « En cas de décès du concessionnaire provisoire, ses héritiers, s'ils remplissent les conditions de nationalité prévues, *lui sont substitués de plein droit* sur la production de titres authentiques constatant les droits des requérants à la succession. »

Voir également le D. du 23 octobre 1904 sur l'A.O.F.

décès du concessionnaire, ou selon que la transmission est volontaire. Il faut en faire une seconde, selon que la cession volontairement effectuée est totale ou partielle. Dans ce dernier cas, les droits et charges de la concession sont morcelés, détaillés, entre plusieurs exécutants, entre plusieurs collaborateurs du concessionnaire. Au cas de cession volontaire totale, l'application de la règle de l'autorisation ne souffre pas de difficulté, l'autorisation est requise. Les difficultés commencent dès qu'il y a doute sur la nature de l'opération effectuée. Les tribunaux ont alors à en apprécier les caractères. Les parties, pour éviter le contrôle de l'approbation avec ses lenteurs inévitables ou simplement parce qu'elles le redoutent, cachent parfois une cession véritable sous une qualification fausse. On déguisera l'opération de cession sous une vente d'actions fictive. La jurisprudence aura à déjouer ces subterfuges. Dans une espèce, les adjudicataires d'une concession de chemin de fer s'étaient obligés par un contrat, à céder à une banque des actions par eux souscrites. La banque s'engageait à verser le quart des actions, à satisfaire aux appels ultérieurs de fonds et à garantir les vendeurs de tout recours à quelque titre que ce fût. En outre, elle devait verser un prix. Ne s'étant acquittée que partiellement de cette dernière obligation, elle fut poursuivie en paiement du solde par les adjudicataires créanciers. Mais la banque tomba en faillite. Le syndic demanda la nullité du traité passé entre les adjudicataires et la banque, comme contenant une vente déguisée de concession de chemin de fer. Reconventionnellement et comme conséquence de la nullité du traité, il réclamait le remboursement de la partie du prix payé par la banque. La Cour de Cassa-

tion (1) a tenu pour exacte l'appréciation des juges quant à la nature de l'opération. Or, ceux-ci avaient estimé que le traité déguisait une véritable vente de la concession sous une fictive vente d'actions. Par suite, l'absence d'autorisation préalable rendait la cession radicalement nulle. Les tribunaux ont donc à rechercher le caractère réel de l'opération effectuée, de façon à appliquer la sanction de la nullité aux substitutions réalisées hors des formes prescrites.

La règle de l'approbation de la cession s'applique au cas de *transmissions successives* : chacun des intermédiaires devant se munir de l'autorisation prescrite. Le législateur a entendu conférer aux autorités compétentes le pouvoir d'examiner dans leur ensemble et sous leurs divers aspects tous les actes, quelle qu'en soit la nature, par lesquels un concessionnaire cède tout une partie de ses droits à un tiers ; le contrôle qu'il appartient à ces autorités d'exercer ne saurait être efficace que si aucun des intermédiaires successifs, qui ont pu s'interposer, entre le concessionnaire et le demandeur définitif, n'échappe à la nécessité d'obtenir lui-même une autorisation (2).

Faut-il admettre la nécessité de l'approbation au cas où le concessionnaire a transmis non pas la totalité de son titre, mais seulement quelques-uns de ses éléments, certains des droits et des charges relatifs au service dont il est chargé ? La question présente un sérieux intérêt pratique. En effet, de même que les producteurs d'une

(1) Cass. Civ., 11 février 1884, de Constantin. D. P. 1885, 1.100

(2) Cons. d'État, 6 janvier 1922, Cie des Mines et agglomérés de Vescagne., Rec., p. 21, relatif à des amodiations minières.

marchandise ne sont pas nécessairement ceux qui la vendent au public, ce soin étant généralement le fait des intermédiaires, de même pour le courant électrique ou l'énergie hydraulique, par exemple, le fournisseur du public peut être un « intermédiaire » entre ce dernier et le concessionnaire. En d'autres termes, ce dernier peut avoir des collaborateurs et la question est de savoir si les traités passés avec ces personnes doivent être soumis à la règle de l'autorisation ? Si le service public peut être « détaillé » au gré du concessionnaire ? Il faut répondre : si les traités conclus avec ses collaborateurs laissent subsister dans son intégralité la personnalité du concessionnaire, les garanties qui l'on fait choisir par l'Administration pour l'associer à une œuvre d'intérêt général, demeurent intactes. Rien ne nécessite l'application de la règle. C'est ainsi que les contrats de louage d'ouvrages passés par le titulaire de la concession en faveur d'individus s'engageant à lui fournir temporairement certains services ou à effectuer tels ouvrages déterminés, obligations prévues aux articles 1710 et 1777 du Code Civil sur le louage d'ouvrage ou d'industrie, n'ont pas besoin d'approbation. Toutefois, les tribunaux auront à apprécier le caractère de ces traités (1) ; ils auront à dire si l'on se trouve en présence d'une cession qui requiert pour sa validité l'autorisation administrative ou d'un louage d'ouvrage qui en est dispensé ; si dernière une collaboration secondaire ne se cache pas une substitution véritable. Ils auront à reconnaître l'opération réelle derrière l'opération simulée. La Cour de Cassation a eu à appliquer ces principes dans une affaire (2)

(1) Cons. d'Etat, 6 avril 1895, Deshayes, S. 97.3.80.

(2) Cass. civ. 3 mai 1924. Sté l'Energie électrique du Littoral

où la concession avait été ainsi morcelée. Le concessionnaire d'une ligne de distribution d'énergie électrique dans un traité passé avec un tiers s'était chargé de l'installation des lignes, des postes de transformateur et de la fourniture du courant. Il avait confié au tiers l'exploitation complète du service pendant la durée de la concession, c'est-à-dire l'établissement des branchements, l'entretien et la surveillance du réseau, l'exploitation commerciale et la conclusion des abonnements sous son propre nom. Les recettes devaient appartenir au tiers substitué, une partie étant versée par lui au concessionnaire pour « la location du réseau et la fourniture du courant ». La Cour de Cassation a estimé que le traité passé par le concessionnaire déguisait, sous l'appellation d'un louage de services, l'exploitation véritable du service public de la distribution. Il n'y avait pas contrat de louage parce qu'il n'y avait pas fourniture temporaire de services à autrui, ni exécution d'un ouvrage déterminé. Lorsqu'un concessionnaire se décharge sur un tiers de l'exploitation d'un service qu'il devait assurer personnellement, ce n'est pas une entreprise commerciale qui est transmise, c'est un contrat administratif. Or, des personnes, choisies à raison des garanties qu'elles présentent pour la bonne exécution d'un service public ne doivent pas pouvoir transmettre à des tiers, en dehors de tout contrôle de l'Administration, tout ou partie du service dont elles sont chargées. Dans l'espèce sus-relatée, il y avait bien une cession, mais elle était atteinte d'un vice d'ordre

Méditerranéen. S. 1924.1.65. Note de M. A. MESTRE, et *Revue générale de l'Electricité*, 4 octobre 1924, p. 565. Note de M. Bougault.

public : l'absence complète du consentement formel et régulier de l'autorité concédante.

Nous concluerons : la transmission de certains des éléments de la concession requiert l'approbation de l'autorité compétente alors que la personnalité du concessionnaire ne demeure pas toute entière soit au regard de l'autorité concédante, soit au regard du public. Cette règle permet donc le jeu des collaborations laissant subsister dans son intégralité la personne du concessionnaire.

Il reste à en faire l'application à la célèbre question des traités d'exploitation.

Un concessionnaire peut-il, sans consentir à un autre la cession proprement dite de sa concession, lui transmettre provisoirement le droit d'exploiter pour son compte, sous sa responsabilité à lui concessionnaire, une partie de son service ? C'est la question de la validité des traités d'exploitation dont la solution a été considérable pour les chemins de fer et pour laquelle les auteurs ont marqué des divergences notables.

Aucoc (1) s'est élevé contre la confusion trop facile entre les traités d'exploitation et ceux qui tendent à transmettre la concession. En principe, dit-il, à défaut d'un texte exprès, un traité fait par un concessionnaire avec un tiers pour l'exploitation d'un chemin de fer n'a pas besoin, pour être valable, de l'approbation du gouvernement, pas plus que les sous-traités faits pour l'exécution des travaux. Le concessionnaire reste toujours responsable envers le gouvernement qui n'a pas à se

(1) Aucoc, *Conférences du Droit administratif*. T. III, N° 1133

préoccuper « des instruments qu'il emploie pour réaliser ses engagements ». Cet auteur admet donc la validité des traités d'exploitation.

Picard (1) résout le problème par une distinction : si le traité porte seulement sur une partie du service, il ne fait pas disparaître la personnalité du concédant, il pourra être passé librement. Si au contraire le traité livre l'exploitation d'un service à une autre Compagnie, on se trouve en présence d'une cession déguisée : or, on peut se demander « s'il est indifférent à l'État qui a choisi un concessionnaire, de voir un tiers se mettre en face du public, aux lieu et place de ce concessionnaire, s'il n'y a pas là une atteinte portée au contrat de concession, s'il ne peut pas en résulter des fusions contraires aux vues des pouvoirs publics sur le régime général des chemins de fer et dommageables aux usagers de ces voies de communication ». En réalité, c'est une question de fait, que le juge du fond aura à apprécier souverainement et il dira si le traité d'exploitation déguise une cession véritable. Dans ce cas et dans ce cas seulement le traité devra être assujéti à l'observation des mêmes formalités que s'il se fut agi d'une concession primitive, c'est-à-dire à l'approbation de l'autorité compétente.

Cette distinction de Picard nous a acheminé vers la solution exacte qui est de considérer tout traité d'exploitation comme une cession déguisée et par suite de requérir pour sa validité le concours de l'Administration. Le traité d'exploitation fait passer en effet la gestion totale ou partielle d'un réseau des mains du concessionnaire primitif, entre celles d'un autre exploitant.

(1) PICARD, *Traité des chemins de fer*, t. II.

Sans doute, la responsabilité du premier concessionnaire demeure intacte, mais les capacités à raison desquelles il a pu être choisi ne trouveront plus à s'employer. En outre, les chemins de fer n'ont pas le droit de modifier l'étendue de leurs réseaux et ils ne manqueraient pas d'arriver à ce résultat si on leur reconnaissait la liberté de passer des traités d'exploitation. En effet, si ce sont les grandes Compagnies qui se chargent de l'exploitation de lignes qui ne leur ont pas été concédées, il en résultera, en dehors de tout contrôle du législateur, la formation dans l'État de puissances financières considérables qui ne seront pas pour lui sans quelque danger. Si, au contraire, de grandes Compagnies rétrocèdent à de petites sociétés locales, partie du réseau à elles concédé, le public pourra avoir à souffrir d'une exploitation moins soignée et pratiquement, il lui sera fort difficile de mettre en jeu la responsabilité des grandes Compagnies qui, théoriquement, subsiste. En fait, l'Administration fait approuver par le législateur les traités d'exploitation passés. Le législateur a toujours qualité pour insérer dans les lois approbatives des concessions, des dispositions spéciales donnant délégation au chef de l'État pour approuver des traités d'exploitation. C'est ainsi qu'ont été rendus un certain nombre de décrets approuvant des traités faits par diverses Compagnies concessionnaires de chemins de fer d'intérêt général, presque toutes liées à l'État par des conventions relatives à la garantie d'intérêt et au partage des bénéfices et qui avaient pour objet l'exploitation d'autres chemins de fer, particulièrement de chemins de fer d'intérêt local. Le Gouvernement a considéré que ces Compagnies ne pouvaient pas s'engager dans une entreprise nouvelle sans qu'il ait été mis à

même de vérifier si les obligations qu'elles acceptaient n'étaient pas de nature à compromettre leur œuvre principale et à modifier, au détriment de l'État, les conditions de leur propre exploitation. Aucun doute ne subsiste plus sur la nécessité de l'approbation pour la validité des traités d'exploitation depuis que de nombreuses dispositions (*infra*) législatives ou réglementaires ont expressément soumis la cession partielle de concession aux mêmes formalités que la cession totale. Or, un traité d'exploitation est évidemment une cession partielle.

B) Des exceptions

1^o *Substitution obligatoire d'une société au demandeur en concession.* — Certains textes prévoient que la concession doit être accordée à une société anonyme (art. 26 L. 31 juillet 1913). Il se peut que la société n'existe pas encore au moment où le demandeur en concession déclanche la procédure qui lui conférera la qualité juridique de concessionnaire. N'ayant aucun droit à cette qualité que l'Administration a la liberté de lui accorder ou non, il n'a véritablement intérêt à constituer une société qu'autant qu'il aura obtenu son titre. C'est bien pratiquement ainsi que les choses se passent. Un candidat fait valoir ses droits à l'obtention d'une concession et s'engage au cas où il sera agréé, à constituer une société pour l'exploitation du service. Mais un double danger se présente.

Le demandeur en concession ne doit pas pouvoir, son titre obtenu, négliger de lui faire produire tout

effet, en atermoyant ou en renonçant à ses projets. Il a été, en raison des garanties qu'il offrait, choisi entre plusieurs concurrents. La concession lui a été accordée en vue de réaliser un but, il ne peut pas y renoncer librement. C'est la raison pour laquelle l'article 26, de la loi de 1913, prévoit l'obligation pour le concessionnaire de se substituer une société anonyme dans un délai de six mois à dater de la promulgation de la loi ou de la signature du décret.

En second lieu, le demandeur en concession ne doit pas pouvoir se dégager financièrement de toute responsabilité. Il sollicite l'exploitation d'un service public, il doit en accepter les risques normaux. Il ne doit pas être un simple prête-nom, utilisé à raison de ses relations ou de son crédit pour obtenir un acte de l'autorité publique destiné à bénéficier à des intérêts qui n'eussent pas eu de titre suffisant à faire valoir. Il est normal de lui imposer une solidarité avec la société qui exploitera le service. C'est ce que décide très justement la loi sur les voies ferrées d'intérêt local qui veut que le cédant reste solidairement responsable avec la société pendant un délai de dix ans (art. 26 de la loi de 1913). On retrouve une disposition analogue dans certains cahiers des charges de concessions (1).

Il n'est pas inutile de remarquer qu'au cas où la demande en concession ne doit pas bénéficier à son auteur, parce que celui-ci se borne à en faire l'apport à une société qu'il formera pour l'exploitation du service et qui deviendra la société concessionnaire, il n'y a pas lieu à nouvelle approbation par l'autorité concédante.

(1) Art. 34, par. 2 *in fine*, du décret du 17 janvier 1928 sur les concessions d'énergie électrique par l'Etat aux services publics.

Nous ne sommes pas en présence d'une cession proprement dite, mais d'une opération qui se décompose en deux temps :

a) Le demandeur en concession fait valoir ses titres et s'engage au cas où il sera agréé à former une société selon telles règles déterminées pour l'exploitation du service ;

b) Formation de la société, mais comme condition de l'octroi de la concession. L'*intuitus personae* couvre les deux phases de l'opération. Mais si en fait, les deux phases de l'opération restaient distinctes et que la concession ait été purement et simplement accordée au demandeur, sans qu'il eut à former une société comme condition de l'octroi de son titre, on se trouverait en présence, au cas où il se substituerait une société pour l'exploitation de la concession, d'une cession véritable, nécessitant l'approbation de l'autorité administrative selon les principes généraux.

Il n'y a pas là, à proprement parler, un tempérament apporté à la règle de l'approbation de la cession. Si la concession est faite à un particulier à la condition pour lui de la retransférer à une société, qu'il se charge de former, l'*intuitus personae* réside alors dans la capacité qu'on reconnaît au concessionnaire provisoire de rassembler mieux que personne les capitaux nécessaires. Il est plutôt un mandataire qu'un concessionnaire, même provisoire, et le véritable concessionnaire, sous condition *in futurum*, c'est d'ores et déjà, au moment de la concession, la société à former (1).

En matière de voies ferrées d'intérêt local, nous

(1) Voyez CARPENTIER et MAURY, *Traité des chemins de fer*, t. I, n° 378 et ss.

avons vu que le demandeur en concession, son titre obtenu, devait se substituer une société anonyme dans un délai déterminé. Nous avons conclu qu'il y avait là deux phases d'une même opération et que cette substitution ne pouvait pas être considérée comme une cession véritable soumise à approbation, puisqu'elle était la condition de l'octroi de la concession. L'*intuitus personae* couvrait l'ensemble de l'opération. Cette solution découle de l'obligation, pour le demandeur en concession, de se substituer une société pour l'exploitation de la voie. Là où cette obligation devient une faculté, on comprend que le droit commun reprenne son empire et que la substitution ait à être approuvée. C'est ainsi qu'en décide l'article 11 de la loi du 16 octobre 1919 : « Le concessionnaire *peut* être tenu de se substituer, dans un délai à fixer par le cahier des charges, une société anonyme. La substitution est approuvée par un décret rendu en Conseil d'État. » Une disposition semblable est contenue dans l'article 34, parag. 2 du décret du 17 janvier 1928, portant approbation du cahier des charges-type pour la concession de distribution d'énergie électrique par l'État aux services publics (1).

Ces solutions s'expliquent aussi par le désir de prendre toutes les précautions désirables pour entourer de

(1) « Le concessionnaire *pourra*, moyennant une autorisation délivrée par le Préfet ou le Ministre des Travaux Publics se substituer une société de distribution d'énergie électrique dans les droits et obligations du cahier des charges, en ce qui concerne la construction, la propriété ou l'exploitation de tout ou partie des ouvrages et canalisations établis en vertu du cahier des charges. Le concessionnaire restera envers l'État garant solidaire de la société qu'il se sera substitué. »

garanties une opération qui ressemble de près ou de loin à la cession pure et simple.

2^e *Cession entre personnes publiques*. — La règle de l'autorisation préalable s'applique-t-elle, lorsque la cession intervient entre personnes publiques ?

Le fondement de l'approbation réside, avons-nous dit, soit dans des raisons juridiques, soit dans des raisons politiques ou économiques, soit enfin, dans des raisons d'ordre pratique. Or, aucune de ces sortes de raisons qui justifient la règle lorsque la cession a lieu entre personnes privées, ne paraît valable lorsqu'on envisage la cession de personnes publiques à personnes publiques.

Raisons juridiques ? Toute concession étant accordée, en raison des garanties offertes par une personne déterminée, la cession doit être approuvée afin que subsistent ces garanties, la liberté de transmission du titre pouvant les compromettre. Or, cette règle ne peut s'entendre que s'il s'agit de personnes privées, les personnes publiques présentant des garanties suffisantes et la notion d'*intuitus personae* n'ayant à leur égard aucune espèce de signification.

Raisons politiques ou économiques ? Des personnes publiques ne peuvent guère compromettre les grands intérêts d'un État auquel elles sont liées de si étroite façon. L'exercice de la tutelle administrative lui permet de leur imposer ses vues, en les soumettant à certaines procédures qui paralysent leur liberté d'action.

Pratiquement enfin, on ne voit pas bien comment une personne publique pourrait être cessionnaire de la concession accordée à une autre et, à notre connaissance, la jurisprudence n'a pas été appelée encore à se prononcer sur ce cas. Par contre, l'hypothèse voisine,

parfaitement concevable est celle où la cession s'effectue d'une personne publique concessionnaire à une personne privée. C'est la « rétrocession », prévue notamment par la loi du 11 juin 1880, relative aux voies ferrées d'intérêt local. Cette loi disposait (art. 27-28) qu'au cas où la concession était accordée par l'État ou le département à une personne publique, celle-ci pouvait user de la « faculté de rétrocession ». Par exemple, l'État pouvait concéder à une commune un service de tramways ; si la commune transmettait cette concession à une société pour son exploitation, on se trouvait en présence d'une rétrocession (1), que le texte de la loi de 1880 rendait possible. Cette disposition consacre donc implicitement la nécessité du concours de l'autorité concédante pour le cas de rétrocession, puisque à l'avance et une fois pour toutes, l'autorisation de transmission est accordée. Mais on ne voit pas comment une commune céderait à une autre personne publique son titre. Cette autre personne publique ne pourrait être que le département auquel cas, le contrôle de cession est inutile, par suite du jeu de la tutelle administrative.

En réalité, la règle de l'autorisation préalable ne s'entend que pour les personnes privées et dans les rapports des personnes publiques avec les personnes privées (rétrocession). Elle ne saurait pratiquement s'appliquer dans les rapports des personnes publiques entre elles.

(1) Voyez par exemple Cons. d'Etat. 11 mars 1910. Compagnie générale des Tramways, Rec., p. 216, avec les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Léon Blum. Cet arrêt consacre le maintien des pouvoirs de police de l'autorité concédante en cas de rétrocession entre personnes publiques.

§ II. — LES FORMES DE L'APPROBATION :
SOURCES ET AUTORITÉ COMPÉTENTE

A) Concessions

La règle de l'approbation de la cession est de formation coutumière. Elle a été appliquée à une époque où les textes, qui devaient plus tard la consacrer, n'existaient pas. Et elle s'impose de plein droit là encore où les lois et règlements ne disposent d'aucune précision à cet égard : un concessionnaire ne pouvant, en principe, céder régulièrement l'exploitation du service qui lui est concédé sans l'approbation de l'autorité concédante.

La formation même de cette règle nous dicte notre plan. Nous étudierons les formes de la cession (sources, autorité compétente) dans leur développement historique.

Chemins de fer d'intérêt général

L'origine du principe de l'approbation de la cession est jurisprudentielle. Les tribunaux, tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire, ont eu à en fixer les premières applications à la matière des concessions de chemins de fer. Pratiquement, la question s'est ainsi posée : tantôt des Compagnies prospères à des degrés différents se réunissaient pour augmenter leurs possibilités, pour accroître leurs chances de succès ; tantôt une Compagnie plus puissante cherchait à absorber des Compagnies secondaires ne pouvant prospérer ; tantôt enfin, on se trouvait en présence de Compagnies tombées en faillite et ne pouvant plus remplir leurs

engagements. Le gouvernement leur laissait la faculté d'arranger leurs affaires, alors qu'il aurait eu le droit de prononcer leur déchéance. Dans tous ces cas, dans le silence des lois antérieures à celles du 11 juin 1880 relative aux voies ferrées d'intérêt local, et des cahiers des charges, les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire se sont accordées à penser que l'autorisation du Gouvernement était nécessaire en raison de la nature même de la concession de chemin de fer. Il s'agit en effet, d'un contrat fait avec des personnes choisies en raison des garanties qu'elles présentent pour la création d'un ouvrage ou l'exploitation d'un service publics. Il serait contraire à l'ordre et à l'intérêt publics que la concession fut transmise à des tiers par ceux qui l'ont obtenue en dehors du contrôle de l'autorité concédante (1). En conséquence, la Cour de Cassation a

(1) A vrai dire, ce ne fut pas seulement sur cette argumentation que se fondèrent les premières décisions juridictionnelles. Concurrément, elles employaient un argument absolument contestable tiré du régime de la voirie. On faisait observer qu'aux termes de l'article 1 de la loi du 15 juillet 1845, les chemins de fer font partie de la grande voirie, c'est-à-dire du domaine public et on appliquait l'article 1598 du Code Civil aux termes duquel on ne peut céder ce qui est dans le commerce que lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. En conséquence, toute cession consentie contrairement à cette règle était contraire à l'ordre public et devait être dépourvue de tous ses effets. Cette solution reposait évidemment sur une confusion entre deux idées distinctes dérivant d'une fausse interprétation du mot concession. Ce qui est concédé, ce n'est pas le chemin lui-même c'est une utilité de ce chemin, le droit de percevoir un péage à raison des frais de construction qu'il a nécessités, un salaire à raison du transport effectué. Or, c'est le chemin seul envisagé comme tel par l'article 1 de la loi du 15 juillet 1845 qui fait partie du domaine public. L'argument tiré du régime de la

déclaré nul et de nul effet, un traité de cession d'une concession de chemin de fer, pour lequel le Gouvernement avait refusé de donner son assentiment (1). Les juges de première instance avaient fait une distinction entre la cession de la concession proprement dite et la cession de la « construction et de l'exploitation » du chemin de fer, pour laquelle l'autorisation du Gouvernement ne serait pas requise ; « attendu que si la concession même d'un chemin de fer ne peut faire l'objet entre particuliers d'un traité intéressé, il en est autrement des travaux de construction et d'exploitation du chemin de fer ; que ces travaux sont essentiellement dans le commerce ; que même en raison de l'importance des capitaux dont ces travaux exigent la mise en mouvement, ils font dans la plupart des concessions la matière de contrats privés » (Jugement du Tribunal civil de la Seine, du 25 août 1855). Distinction injustifiable, les travaux et l'exploitation de la ligne constituent les éléments mêmes de la concession.

Quelques années plus tard, le Conseil d'État devait sanctionner de la même façon la règle de l'approbation. Il fut saisi par un cessionnaire qui prétendait faire annuler un arrêté ayant prononcé la résiliation de la concession. Le Conseil note qu'aucune clause du contrat de concession n'autorisait le concessionnaire à renoncer à son titre en faveur d'un tiers qui serait substitué tant à ses droits qu'à ses obligations. Il rejette l'intervention voirie mauvais en lui-même a été abandonné pour les considérations d'ordre public qui s'opposaient à la liberté de transmission.

(1) Cass. Civ., 14 février 1859, D. P. 1859.1.113. Mancel, Cass. Civ., 5 décembre 1882, D. P. 1883.1.173. Faillite de la Compagnie des Tramways de Paris à Sèvres.

du cessionnaire comme irrecevable ; le traité, dont se prévalait ce dernier, n'ayant pas été soumis à approbation, ne pouvait « créer aucun droit (1) ».

La Cour de Cassation sera plus précise encore lorsqu'elle proclamera la *nullité radicale* même entre les parties contractantes, d'un traité de cession fait sans autorisation préalable (2). On pouvait en effet se demander jusqu'à cette époque, si l'acte de cession n'était pas valable sous la condition résolutoire du refus d'autorisation ou subordonné à la condition suspensive de cette autorisation. Mais la solution de l'arrêt précité ne laisse plus de doute à cet égard. Au surplus, elle a été confirmée (3).

La règle de l'autorisation s'est donc introduite dans notre droit administratif, à la façon d'un principe coutumier, sanctionné par des décisions juridictionnelles. Elle a été appliquée d'abord à la matière des concessions de chemins de fer d'intérêt général. Elle sera consacrée expressément par des textes législatifs ou réglementaires visant certaines catégories de concessions, qui seront étudiées plus bas. Mais à défaut de texte, elle subsistera comme règle coutumière.

La question se pose maintenant de savoir quelle est l'autorité compétente pour approuver la cession. En l'absence de texte, il résulte de tous les précédents consacrés par la Jurisprudence que *la transmission*

(1) Cons. d'Etat, 31 mai 1878, de Méritens, D. P. 1878.3.62.

(2) Cass. Civile 5 décembre 1882. Faillite de la Compagnie des Tramways de Paris à Sèvres, D. P. 1883.1.173.

(3) Cass. Civ., 11 février 1883, de Constantin, D. P. 1885.1.100.

d'une concession exige le concours de l'autorité qui a qualité pour concéder.

Précisons. La loi du 27 juillet 1870, concernant les grands travaux publics, consacre certaines distinctions eu égard aux autorités compétentes, pour décider de l'exécution des chemins de fer d'intérêt général. Il faut reprendre ces distinctions. S'il s'agit d'une ligne constituant un réseau principal ou ayant plus de vingt kilomètres, l'intervention législative est nécessaire pour l'octroi de la concession. Elle le sera également pour sa transmission. En effet, si le législateur s'est réservé le droit de concéder certaines voies d'intérêt général, c'est parce qu'il a voulu apprécier lui-même les garanties offertes par les concessionnaires et cette appréciation requiert les mêmes soins pour la transmission que pour l'octroi de la concession primitive.

S'il s'agit, au contraire, d'un chemin de fer d'embranchement de moins de vingt kilomètres, un décret en forme de règlement d'administration publique suffira pour accorder la concession. Il le sera aussi pour sa transmission.

Mais quelle que soit l'importance de la voie ferrée, l'intervention du législateur sera requise si la cession est faite à une Compagnie liée financièrement à l'État, puisqu'elle aura pour effet de modifier sa situation pécuniaire.

Que décider au cas où la cession confère à une ligne de moins de vingt kilomètres [un réseau supérieur, ou si elle n'est que partielle, réduit le réseau de plus de vingt kilomètres à un chiffre inférieur ? Dans les deux cas ces modifications paraissent appeler l'intervention du législateur. En résumé, ce n'est qu'autant que l'opé-

ration projetée aura pour résultat pur et simple de substituer à un premier concessionnaire, un concessionnaire nouveau, sans altérer le ou les réseaux primitivement établis, non plus que les rapports financiers de l'État avec l'une ou l'autre Compagnie, que l'on devra se référer utilement à la distinction posée par la loi de 1870 (1).

Cependant, certains auteurs passant par delà les textes précis de la loi de 1870, ont soutenu que l'autorisation du Parlement était toujours nécessaire, parce que la cession introduisait dans les rapports de la Compagnie et de l'État une modification tellement grave qu'elle rompait le caractère personnel essentiel au contrat de concession. Pour d'autres, tout au contraire, l'approbation gouvernementale suffirait et ils font valoir à l'appui de cette opinion une argumentation dont la logique n'est qu'apparente. Le législateur, dit-on, n'a retenu qu'accessoirement la désignation du concessionnaire. Son but a été surtout d'arrêter les conditions de la concession. Les conditions fixées, le choix du concessionnaire est affaire d'exécution et, si lors de la concession primitive ce choix est fait par le législateur pour éviter un double acte de l'autorité publique, les mêmes raisons n'existent pas en cas de transmission.

Cet argument ne repose sur aucun texte. On ajoute encore : lorsque la concession fait l'objet d'une adjudication, les titres des concurrents sont examinés par le Ministre des Travaux Publics, qui prononce leur admission à concourir et les résultats de l'adjudication

(1) CARPENTIER et MAURY, *Traité des chemins de fer*, t. I, n° 378 et ss.

sont approuvés par décret, ce qui prouve bien que le législateur ne considère pas la désignation du concessionnaire comme l'un de ses attributs essentiels. De même encore, les adjudications forcées auxquelles il est procédé à la suite de déchéances, ne sont pas subordonnées à l'homologation du Parlement. Elles sont simplement approuvées par décret délibéré en Conseil d'État. Répondons que dans l'un et l'autre de ces cas, le Gouvernement agit en vertu d'une délégation formelle et explicite. Sans doute, dans beaucoup d'espèces, le choix du concessionnaire n'a pas une influence sur le régime général des réseaux et ne mérite pas d'être rangé dans les actes de haute administration réservés par nature au législateur. Mais il peut en être autrement. La cession de chemin de fer pose tout un problème de politique administrative. Si elle porte sur d'importantes concessions, elle peut élargir démesurément le champ d'action d'une Compagnie ou restreindre par trop celui d'une autre. Il est des fusions de réseaux qui ne sont pas souhaitables politiquement ou socialement. Il y a là une appréciation délicate.

Quoiqu'il en soit de ces discussions, à défaut de texte, la solution vraiment juridique est celle qui consiste à assimiler la transmission de la concession à la concession primitive et à reconnaître la nécessité de son approbation par la même autorité, sauf délégations spéciales (1).

(1) PICARD, *Traité des chemins de fer*, t. II, p. 89, 152 et ss ; 162 et ss.

Voies ferrées d'intérêt local

L'origine du principe de l'approbation est, nous l'avons vu, jurisprudentielle. Ce principe devait être consacré par les textes. Le premier en date, l'article 10 de la loi du 11 juin 1880, vise les cessions de concessions de chemins de fer d'intérêt local. Il est ainsi conçu : « toute cession totale ou partielle de la concession, la fusion des concessions ou des administrations, tout changement de concessionnaire, la substitution de l'exploitation directe à l'exploitation par concession, ne pourront avoir lieu qu'en vertu d'un décret délibéré en Conseil d'État, rendu sur avis conforme du Conseil général, s'il s'agit de lignes concédées par les départements, ou du Conseil Municipal, s'il s'agit de lignes concédées par les communes. Les modifications pourront être faites par l'autorité qui a consenti la concession ; s'il s'agit de lignes concédées par les départements, elles seront faites par le Conseil général statuant conformément aux articles 48 et 49 de la loi du 10 août 1871 ; s'il s'agit de lignes concédées par les communes, elles seront faites par le Conseil Municipal, dont la délibération aura été approuvée par le Préfet. En cas de cession, l'inobservation des conditions qui précèdent, entraîne la nullité et peut donner lieu à la déchéance ». Cette disposition n'a fait que consacrer le principe dont les tribunaux avaient fait application depuis de nombreuses années et en vertu duquel toute cession ne peut être régulière qu'autant qu'elle a été approuvée par l'autorité qui a accordé la concession. Disposition inutile par elle-même, puisqu'elle consacre l'évidence. C'est

ce qui explique que le Conseil d'État consulté sur un projet de décret relatif à une ligne de chemin de fer d'intérêt local ait émis, le 17 février 1876, l'avis qu'il y avait lieu d'en retrancher une clause qui subordonnait à l'approbation du gouvernement et du Conseil général les traités de cession ou de fusion et les autres traités analogues. L'insertion de cet article lui paraissait de nature à mettre en doute un « droit qui ressortait pour « le Gouvernement et pour le Conseil général de l'essence « même du contrat de concession et qui avait été « reconnu par plusieurs décisions judiciaires » (1).

Quelle autorité sera compétente pour donner son approbation à la cession ? Pour les voies ferrées d'intérêt local, un certain nombre d'autorités administratives concourent à l'octroi de la concession : ce sont le Conseil général ou le Conseil Municipal qui prennent l'initiative du projet dont ils déterminent les grandes lignes ; le Ministre des Travaux Publics qui le met à l'enquête et déclare l'utilité publique, après avis du Conseil d'État. Il est logique que ces autorités aient à se prononcer sur la cession. C'est ce que décide le texte de la loi du 11 juin 1880, repris lui-même par celui de l'article 33 de la loi du 31 juillet 1913 : « Toute cession totale ou « partielle de la concession doit être approuvée par « décret délibéré en Conseil d'État rendu sur l'avis « conforme du Conseil général ou du Conseil Municipal. »

Par la suite, la clause relative à la cession allait être reproduite dans certains textes législatifs ou réglementaires visant d'autres concessions. Tantôt pour affirmer purement et simplement le principe de l'appro-

(1) PICARD, *Op. cit.*

bation de la cession par les autorités qui ont concédé le service — c'est le droit commun de la matière, — tantôt pour édicter en ce qui concerne les autorités compétentes pour approuver, certaines règles de droit étroit destinées à rendre la cession moins facile, ou à l'entourer de plus de garanties à raison de l'intérêt que l'on attache à l'objet même de la concession.

C'est le cas notamment pour les mines.

Mines

On sait qu'elles sont concédées par décret rendu en Conseil d'État. L'article 138 de la loi de finances du 13 juillet 1911 dispose que : « Les mutations de propriétés, sous quelque forme ou à quelque titre que ce soit, et les amodiations (1) de concessions minières par acte entre vifs ne peuvent être effectuées que si elles ont été autorisées par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État. » En édictant la nécessité d'un avis conforme du Conseil d'État, la loi entoure la cession de plus de garanties que la concession pour laquelle l'avis du Conseil ne lie pas le Gouvernement. Cette disposition a été voulue délibérément par le législateur.

Dans le régime de la loi de 1810, en l'absence de dispositions contraires, le concessionnaire avait le droit de céder la mine à titre onéreux ou à titre gratuit par acte entre vifs ou par testament, sans aucune autorisation

(1) Les Mines peuvent faire l'objet d'un contrat de louage : c'est ce que l'on désigne sous le nom d'amodiation : il y a cependant entre l'amodiataire et le locataire une différence essentielle, c'est que le premier ne conserve pas la chose louée mais qu'il la détruit par l'usage qu'il en fait.

administrative. C'est ainsi qu'un préfet n'excédait pas ses pouvoirs en autorisant à occuper temporairement un terrain, une société de mines qui a succédé aux droits du concessionnaire primitif, encore que la cession n'ait pas été approuvée par le Gouvernement : aux termes du décret du 5 janvier 1855, — qui a étendu à l'Algérie notre législation minière de 1810 — les cessions de mines ne sont pas soumises à l'approbation du Gouvernement (1).

Sous le précédent régime, celui de la loi de 1791, la transmission de la propriété minière ne pouvait avoir lieu sans l'approbation gouvernementale. Cette disposition ne figurant pas dans la loi de 1810, le Conseil d'État admit que l'approbation n'était pas nécessaire pour la validité de la cession (Avis du Conseil d'État, 21 août 1810). Pour que la cession soit valable, il n'est pas nécessaire que l'Administration ait connaissance du changement. Le nouveau propriétaire est tenu toutefois de faire connaître son nom et son domicile pour permettre à l'Administration l'exercice de son droit de Police (2).

Il y avait une contradiction manifeste dans les termes, aussi bien que dans l'esprit, de cette législation. Elle exigeait du demandeur en concession, la justification des « facultés nécessaires pour entreprendre et conduire « les travaux, et des moyens de satisfaire aux redevances « ou indemnités qui lui sont imposées par l'acte de « concession » (art. 14). De plus elle laissait au Gouvernement la liberté d'apprécier les « motifs ou considé-

(1) Cons. d'Etat, 18 avril 1902, Ali Ben Mohamed-Ben. Bareh. Rec., p. 265.

(2) BEQUET, *Répertoire du Droit Administratif*, t. XX, n° 59 et ss.

« rations d'après lesquelles la préférence doit être accordée aux divers demandeurs en concessions » (art. 16). Mais en même temps, elle consacrait le caractère de propriété de la mine « disponible et transmissible comme tous les autres biens et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés, conformément au Code Napoléon ou au Code de procédure civile » (art. 7).

Ces textes sont évidemment inconciliables. Le Gouvernement choisit en raison des garanties particulières de crédit et de capacité qu'il offre, un concessionnaire entre plusieurs candidats à ce titre. Et celui auquel on l'aura octroyé *intuitu personae*, pourra le céder « comme tous les autres biens », sans contrôle ni intervention d'aucune sorte, à un tiers qui pourra ne présenter aucune garantie pour la bonne exploitation de la mine, à un étranger auquel pourra échapper un intérêt de mise en valeur d'une richesse nationale.

La loi de 1810 était donc contraire à la nature même du droit de concession. Par ailleurs, on sait à quels dangers pratiques elle avait conduit. Mais en présence d'un texte aussi formel que l'était l'article 7 consacrant la libre transmissibilité de la mine, il n'y avait pas place à une création jurisprudentielle analogue à celle qui s'était produite pour les chemins de fer, où les tribunaux de tous ordres avaient affirmé, en l'absence de texte exprès, la nécessité de l'approbation de la cession comme conséquence du caractère personnel de la concession. Une loi était nécessaire. C'est dans ces conditions, qu'on a inséré dans la loi des finances de 1911, un texte faisant obstacle à la libre transmission de la mine. En la soumettant à l'autorisation par décret rendu sur l'avis

conforme du Conseil d'État, il n'a pas changé le caractère de la concession qui reste pour son titulaire un droit immobilier.

Energie hydraulique

Avant la loi du 16 octobre 1919, l'exploitant d'une usine placée sur une rivière non domaniale pouvait, suivant les règles du droit commun, aliéner tout ou partie de ses installations. L'autorité publique n'avait pas à intervenir. Le droit d'aliénation était une des conséquences du droit de propriété. Avec la nouvelle loi, le concessionnaire exploite « un bien du domaine « éminent de l'État ; la force hydraulique et les ouvrages « appartiennent dès leur création à ce domaine » (1). La disposition n'en peut être libre. En outre, l'*intuitus personae* du contrat de concession s'oppose à la libre transmission de l'exploitation.

Quelles autorités seront compétentes pour connaître de l'opération de cession ?

La loi du 16 octobre 1919, prévoit que la concession d'énergie hydraulique est instituée par décret rendu en Conseil d'État. C'est le cas normal. Elle est instituée (art. 3) par une loi lorsque les travaux d'appropriation de la force comportent le déversement des eaux d'un bassin fluvial dans un autre ou le détournement des eaux sur une longueur de plus de vingt kilomètres mesurés suivant le lit naturel ou lorsque la puissance normale (produit de la hauteur de chute par le débit moyen annuel de la dérivation) excède 50.000 KW. Cette

(1) GARNIER, *Le Cahier des Charges des concessions de chutes d'eau*, th., Paris, 1931, p. 261 et ss.

distinction fondée sur l'importance de l'exploitation n'est pas reproduite par l'article 12 relatif à la cession. Ce texte s'exprime ainsi : « toute cession totale ou partielle de concession, tout changement de concessionnaire, ne peut avoir lieu qu'après approbation donnée par décret en Conseil d'État ». Le cahier des charges type reproduit les mêmes dispositions (1). On doit donc en conclure que toute concession, de quelque nature quelle soit ne peut être cédée qu'avec l'assentiment du Gouvernement. Le Ministre des Travaux Publics est chargé d'assurer l'instruction des demandes de cessions (art. 30), et doit prendre l'avis du Comité Consultatif des Forces Hydrauliques qui prononce obligatoirement (art. 31) sur tous les actes pris en exécution de la loi de 1919.

Energie électrique

La loi du 15 juin 1906, relative aux distributions d'énergie électrique est muette sur la question de la cession des concessions. Mais le nouveau cahier des charges type (2) dans son article 34, reprenant sur ce point, les dispositions du précédent, soumet à l'autorisation toute cession totale ou partielle, tout changement de concessionnaire.

Quelles sont les autorités compétentes pour la donner ? Pour la concession par une commune ou un syndicat de communes d'une distribution publique d'énergie,

(1) Article 49 du décret du 5 septembre 1920 (*J. O.* du 12 septembre 1920, p. 13.376).

(2) Décret du 10 janvier 1928. (*J. O.*, du 10 février 1928, p. 1669.)

l'autorisation résulte d'une délibération du Conseil Municipal approuvée par le Préfet. Le contrôle de l'autorité de tutelle est tout à fait normal. Ce n'est que l'application d'un principe général établi par l'article 115 de la loi du 5 avril 1884, en vertu duquel les traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de plus de trente ans des grands services municipaux sont approuvés par le Préfet. Puisque les concessions communales doivent être approuvées par arrêté préfectoral, il est juste que leur transmission le soit aussi.

Pour la concession par l'État d'une distribution publique d'énergie, l'autorisation est donnée par le Préfet ou le Ministre des Travaux Publics suivant que l'acte de concession aura été passé par l'un ou par l'autre. Il en est de même pour une concession par l'État d'une distribution d'énergie électrique aux services publics.

En cette matière, les textes n'ont fait que se conformer au principe de droit commun selon lequel les autorités compétentes pour approuver une cession sont celles-là mêmes que la loi habilite à concéder.

Services publics de transports automobiles

Les Préfets passent avec des entrepreneurs des conventions pour l'exécution de services publics automobiles. Elles sont conformes à un type déterminé par le décret du 24 mars 1924 (*J. O.* du 29 mars 1924). Ce décret prévoit que la substitution de l'entreprise devra être agréée par la ou les personnes morales sur la circonscription territoriale desquelles est organisé le service. « X..., se réserve le droit de rétrocéder l'entreprise à

« un tiers ou à une société de son choix. En ce cas le
« rétrocessionnaire sera purement et simplement substi-
« tué à X... dans tous ses droits et obligations, mais cette
« substitution devra être agréée par le Conseil Général
« ou Municipal, le conseil d'Administration du syndicat
« de communes, ou par la Chambre de Commerce » (1).

B) Permissions

L'étude des formes de la cession des concessions est relativement simple. Elle ne met pas en jeu de grands principes juridiques. Elle est avant tout formelle, puisque dans chaque cas particulier il y a lieu d'examiner quelle autorité est compétente pour concéder, afin de savoir celle qui l'est pour approuver la cession.

L'étude des permissions offre un peu plus de variété en raison de la diversité des régimes : tantôt liberté de la cession et absence de contrôle, à raison du caractère *réel* du titre du permissionnaire ; tantôt et à l'opposé, contrôle strict nécessitant l'agrément exprès du nouveau titulaire, de la même façon que pour un concessionnaire ; entre ces deux modes, contrôle plus souple, plus libéral, comportant de la part des intéressés une notification ou une déclaration de transfert. Nous allons examiner les formes de la transmission des permissions en prenant un exemple correspondant à chacune des modalités de ce contrôle.

Cours d'eau

Qu'il s'agisse des cours d'eau, navigables ou flottables, ou des cours d'eau non navigables ni flottables, la loi

(1) A titre d'exemple, voyez *J. O.* du 6 février 1934, p. 1198.

du 9 avril 1898 (art. 11 et 40), dispose qu'aucun barrage, ouvrage, prise d'eau ne peuvent être établis sans l'autorisation de l'Administration. Il s'agit, dans l'un et l'autre cas de « permissions » précaires et révocables, octroyées d'après la procédure prévue par le décret du 1^{er} août 1905, commun aux deux voies d'eau. En raison de leur absence de lien avec les concessions, nous n'aurions pas à parler de cette catégorie de permissions, si nous ne tenions à souligner que, du point de vue de la cession, elles constituent une catégorie intéressante, puisqu'il résulte de la législation autant que des principes juridiques qu'elles ne sont soumises à aucun régime de contrôle. La transmission en est libre. Solution parfaitement logique du moment que dans l'octroi de ces permissions, l'Administration ne se préoccupe à aucun titre de la qualité du pétitionnaire. Le décret du 1^{er} août 1905, qui régleme la procédure des demandes prévoit qu'elles énonceront :

1^o Les noms du cours d'eau et de la commune sur lesquels les ouvrages doivent être établis, ceux des établissements hydrauliques placés immédiatement en amont et en aval ;

2^o L'usage auquel l'entreprise est destinée ;

3^o Les changements présumés que l'exécution des travaux doit apporter au niveau et au régime des eaux, soit en amont, soit en aval ;

4^o La durée probable des travaux.

L'Administration accorde ou refuse la permission selon la nature et le caractère des travaux que le pétitionnaire se propose d'exécuter. A aucun moment, elle ne fait état de sa personnalité et cela est conforme au droit commun de la permission. Ce n'est même pas

utile, puisque la permission est modifiable et révocable sans indemnité. Si un intérêt général est compromis, comme celui de la salubrité ou de la sécurité, ou encore le respect dû à la propriété ou aux droits et usages antérieurement établis, l'autorité ayant accordé la permission (Préfet, pour les cours d'eau non navigables, ingénieurs en chefs ou Ministre des Travaux Publics, pour les cours d'eau navigables) en prononcera le retrait. La situation matérielle en considération de laquelle elle a octroyé un titre, s'étant modifiée de façon à préjudicier à des intérêts dont elle a la garde, il est légitime qu'elle retire le titre à celui qui n'en est qu'un détenteur précaire.

Mais si l'Administration doit faire un choix entre plusieurs demandeurs, si elle doit envisager une *aptitude personnelle*, si elle a le pouvoir d'imposer au permissionnaire quelques-unes des obligations qui sont de l'essence du contrat de concession et le signe d'une collaboration à une œuvre d'intérêt public, un contrôle de cession devient nécessaire. Il peut être conçu d'une façon stricte, si le cessionnaire de la permission doit être agréé expressément, d'une façon libérale, si la cession doit être simplement notifiée à l'autorité administrative. C'est le cas, soit pour les permissionnaires de postes de radio-diffusion (art. 19 du décret du 28 décembre 1926), soit pour les permissionnaires d'énergie hydraulique (art. 16 de la loi du 16 octobre 1919) ou de distribution d'énergie électrique (art. 6, par. 3, de la loi du 27 février 1925).

Energie hydraulique

L'exploitation de l'énergie hydraulique est placée normalement sous le régime de la concession, depuis la loi du 16 octobre 1919. Mais il est prévu un second régime, celui de l'autorisation pour les entreprises qui n'ont pas pour objet la fourniture de la force à des personnes morales administratives ou dont la puissance maximum n'excède pas 500 KW. Il eût été inutile de soumettre à un régime administratif et financier aussi lourd que l'est celui de la concession de modestes entreprises privées. Comme le législateur entendait assurer une certaine main-mise de l'État sur l'énergie des cours d'eau, il ne pouvait excepter toute une catégorie d'exploitations. On leur appliqua donc un régime spécial, celui de la permission qui sauvegardait suffisamment les droits de l'Administration. Accordée par arrêté préfectoral pour une durée limitée, avec faculté de renouvellement, moyennant la perception d'une taxe, elle était révocable et modifiable sans indemnité.

Pouvait-elle être cédée librement par son titulaire ? On aurait pu l'admettre sans difficulté, la permission n'étant pas de sa nature octroyée *intuitu personae* comme la concession. Mais l'article 16, *in fine* de la loi est venu édicter : « toute cession totale ou partielle d'autorisation, tout changement de permissionnaire, doit, pour « être valable, être notifié au Préfet, qui dans les deux « mois de cette notification devra en donner acte ou « signifier son refus motivé. Cette disposition ne s'applique pas aux ventes en justice ».

Cette nouveauté était intéressante à deux points de

vue. D'une part, on se trouvait en présence d'un régime plus libéral que ne l'était celui de l'approbation. La cession d'une concession n'est valable qu'autant qu'elle a été approuvée. La cession d'une permission est valable dès qu'elle a été notifiée. Le législateur ne lui a pas attaché, comme à la première, une présomption de suspicion. Si l'Administration n'entend pas l'approuver, elle aura à signifier un refus motivé dans un délai. Passé le délai, la cession sera valable.

D'autre part, ce nouveau régime allait servir de modèle. Il deviendra le régime de droit commun des permissions de voirie avec la loi de 1925, dont les termes sont identiques. Nous l'examinerons en commentant ces dispositions.

Energie électrique

Les concessions d'énergie électrique ne peuvent être cédées qu'avec l'assentiment de l'autorité concédante. Mais la loi du 15 juin 1906 a envisagé comme mode de distribution de l'énergie électrique, le système de la permission de voirie, pour les lignes empruntant sur tout ou partie de leurs parcours, les voies publiques. Les exploitants, titulaires de ces permissions sont-ils astreints, relativement à la cession de leur titre, aux mêmes règles que le sont les concessionnaires, savoir l'approbation expresse... ?

La question pouvait se poser utilement avant la loi du 27 février 1925 qui a levé tous les doutes à cet égard.

Pour M. Mestre (1) la cession de la permission de voirie

(1) *Revue générale d'Electricité*, 1931, p. 773.

est comme la cession de la concession sujette à la règle de l'autorisation préalable.

En faveur de l'assimilation des deux régimes, on peut invoquer le lien que la loi de 1906 établit entre les deux modes d'exploitation de la distribution de l'énergie électrique. La concession et la permission sont envisagées concurremment et peuvent coexister sur un même réseau (art. 3). Un titre VI est consacré aux « conditions communes à l'établissement et à l'exploitation des distributions sous le régime des permissions de voirie ou des concessions ». Il prévoit que les projets des distributeurs seront examinés par les représentants des services intéressés, que la mise en service n'aura lieu qu'à la suite des essais effectués en présence du service du contrôle pour l'organisation duquel il renvoie à des règlements d'administration publique (art. 18). Ceux-ci détermineront aussi les conditions générales et d'intérêt public auxquels doivent satisfaire les ouvrages servant à la distribution, soit en vertu de concessions, soit en vertu de permissions. Ce parallélisme des deux modes d'exploitation de l'énergie permettrait d'étendre de l'un à l'autre un principe de solution reçu pour l'un, en cas de doute et en l'absence de texte, relativement à l'autre.

Plus sérieusement, on peut invoquer la précarité du titre du permissionnaire, conséquence du caractère de domanialité publique de la voie. L'Administration a la garde du domaine. Cela lui confère des devoirs et des pouvoirs. Elle peut accorder aux particuliers des autorisations d'occuper, compatibles avec la destination du domaine. D'où il suit que pour assurer sa mission de police, autant que veiller à l'exécution des obligations qu'elle peut imposer aux permissionnaires, elle

doit les connaître à tout instant. La cession de la permission de voirie doit donc recevoir son approbation.

Toute cette argumentation ne nous paraît pas absolument décisive. La nature même du titre, la protection des intérêts que l'Administration a en vue quand elle l'octroie, n'exigent pas l'approbation de la cession de la permission.

La concession et la permission sont de nature différente. Ce qui caractérise la concession c'est l'*intuitus personae* et il est le fondement de l'approbation de la cession. Or, l'*intuitus personae* n'existe nullement dans la délivrance d'une permission de voirie. Ce n'est pas en raison des garanties spéciales qu'il présente, que l'Administration choisit le permissionnaire. Tandis que le concessionnaire invoque une *aptitude personnelle* à l'exploitation d'un service public, le permissionnaire n'invoque qu'un intérêt, résultant d'une situation matérielle, intérêt que l'autorité administrative apprécie discrétionnairement. Il n'effectue nécessairement aucune distribution publique d'énergie, mais il a besoin d'emprunter la voie publique. Il n'est astreint dans son exploitation commerciale à aucune entrave, à aucune charge pécuniaire autre qu'une taxe. Le distributeur d'énergie électrique titulaire d'une permission est dans une situation de même nature que le bénéficiaire d'une autorisation d'occuper le domaine qui n'est pas choisi en raison de son aptitude personnelle, mais en considération d'une situation matérielle. La personnalité du titulaire de la permission est étrangère à la délivrance du titre.

Si la nature de la permission n'impose pas l'autorisation de sa transmission, l'intérêt public ne l'exige pas davantage. En effet, toute permission est par nature

précaire et révocable. Son bénéficiaire n'a aucun droit à l'obtenir. Elle a été accordée, mais à la condition que le domaine n'ait pas à en souffrir et que la sécurité publique ne soit pas troublée. Si elle compromet ces intérêts elle pourra être retirée et l'autorité, sous le pouvoir de laquelle est placée la voie, a les moyens de faire respecter, sous le contrôle du juge, ses décisions. Dans l'exercice de telles prérogatives qui sont le droit commun de la permission, l'autorité administrative n'a pas à se préoccuper de la personne du permissionnaire. Elle n'envisage que le bénéficiaire matériel d'une situation précaire.

Quelle a été l'attitude de la jurisprudence ?

Il semble que dans chaque cas, elle se soit attachée à examiner si la permission a un caractère personnel ou réel, en recherchant quel a été son objet et dans quel but et pour quel usage elle a été réclamée. C'est ainsi qu'elle a affirmé le caractère réel des autorisations de prises d'eau (1). Ces prises sont susceptibles de se transmettre *ipso facto* à tous les tiers détenteurs des immeubles dans l'intérêt desquels l'autorisation a été accordée. En somme, elle admet une distinction fondée sur le caractère réel ou personnel de l'autorisation : lorsque celle-ci a moins pour objet l'avantage privatif d'un individu que l'avantage d'une chose dont cet individu ne profitera que parce qu'il en est le propriétaire, c'est à cette chose et non pas au particulier qui obtient l'arrêté d'autorisation que l'autorisation est conférée. L'autori-

(1) Cons. d'Etat, 11 février 1887. Brunel, Rec., p. 149, avec les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Marguerie.

sation a, dans ce cas, le caractère réel (1). Elle est personnelle dans le cas contraire. Dans la pratique administrative (2), on admet que le droit du permissionnaire passe avec ses charges et ses profits à son ou ses ayants-cause ; on admet, par contre, assez généralement, que la cession de la permission doit être ratifiée par l'Administration. Le consentement que l'autorité administrative est appelé à donner en pareil cas, équivaut en réalité à une permission nouvelle, grâce à laquelle l'Administration peut modifier les conditions primitives de l'occupation.

L'intérêt de cette controverse est purement rétrospectif, depuis que la loi du 27 février 1925 est venu soumettre les permissions de voirie de la loi de 1906 à un régime de contrôle qui ne consiste pas en l'approbation de la cession, mais en une simple notification. C'est donc un système plus libéral qu'en matière de concession. Or, cette même loi, qui a soumis la cession des permissions de voirie, à un régime plus libéral que celui de la cession des concessions, est aussi celle qui a rapproché les deux modes de distribution de l'énergie électrique. La permission est le régime des petites exploitations, de la même manière que pour l'énergie hydraulique, l'autorisation est celui des modestes entreprises privées. Mais les permissionnaires distributeurs peuvent se voir imposer des obligations qui, par nature, relèvent du contrat de concession, comme celle de fournir de l'énergie sur tout ou partie du parcours de la distribution, ou

(1) Dans le sens du caractère réel de l'autorisation : POLACK, *Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie*, th., Paris, 1919, p. 16.

(2) BEQUET, *Voirie terrestre*, n° 342.

d'un tarif maxima de vente. Si on admet que le système de cession était avant 1925, identique pour les deux modes de distribution de l'électricité, on ne comprend pas pourquoi la loi est venue établir des conditions moins rigoureuses pour le permissionnaire, alors que dans une certaine mesure elle a rapproché sa situation de celle du concessionnaire. C'est le contraire qu'en bonne logique elle aurait dû décider.

Par contre, si on admet que la transmission des permissions de voirie était libre avant 1925, il est parfaitement normal de la soumettre à un contrôle, justifié par la participation de la permission à certains des caractères de la concession.

Quelles sont les modalités de ce contrôle ? L'article 6, par. 3 de la loi 27 février 1925, dispose : « toute cession totale ou partielle de permission, tout changement de permissionnaire doit, pour être valable, être notifié à l'autorité ayant délivré la permission, laquelle, dans les deux mois de cette notification devra en donner acte ou signifier son refus motivé. Cette disposition ne s'applique pas aux ventes en justice. En cas de contestation, il sera statué par le Ministre des Travaux Publics après avis du Comité d'électricité ». Dès l'instant qu'elle a été notifiée à l'autorité compétente, la cession est valable. Cette autorité, ce sera celle qui délivre la permission de voirie, c'est-à-dire le Préfet ou le Maire selon que la voie se trouve placée sous le pouvoir de l'un ou de l'autre. De même, qu'au cas de refus de délivrance de l'autorisation, le demandeur pouvait se pourvoir devant le Ministre des Travaux Publics, statuant sur l'avis du Comité d'électricité, de même, cette procédure s'applique au cas de contestation sur la cession.

Certaines cessions échappent à la procédure de la notification, ce sont les « ventes en justice ». L'adjudicataire, proclamé tel par le Tribunal, s'impose de ce fait à l'Administration. Cette solution se retrouve dans la loi du 16 octobre 1919. « Les droits résultant du contrat « de concession ou de l'arrêté d'autorisation d'aménagement des forces hydrauliques étant susceptibles « d'hypothèques, le législateur devait sous peine de « n'accorder au créancier hypothécaire qu'un titre « des plus incertains, assurer à l'adjudicataire, après « saisie et vente judiciaire, un droit qui s'imposât à « l'Administration. » Cette solution est reproduite par la loi de 1925 (Mestre, *Op. cit.*).

De ce contrôle libéral des cessions de permissions de distribution d'énergie hydraulique ou électrique, s'exerçant sous la forme d'une notification à l'autorité compétente, il faut rapprocher parce qu'elles relèvent de la même technique, les transmissions de permis de recherches de substances minérales dans certaines colonies. Ces permis sont cessibles et peuvent être transférés sous la condition d'une déclaration spéciale au chef du service des Mines de la Colonie. Voyez notamment pour le Maroc, le Dahir du 12 septembre 1923, art. 40-41 et 63-64 (1) ; pour Madagascar, le décret du 19 juillet 1923 (*J. O.* du 23 juillet 1923).

Mais quel est le régime des permis de recherches de mines dans la Métropole ?

Permis de recherches des mines

Le mode d'exploitation de la mine, c'est la concession, délivrée par un décret en Conseil d'État, qui donne à

(1) A. GIRAULT, *op. cit.*, t. V, chap. XXI.

son bénéficiaire la « propriété » de la mine. Cependant l'importance du gisement minier peut être mal connue du concessionnaire. L'entreprise minière est, par nature, pleine d'aléas, il faut éviter de la soumettre sans nécessité à un régime particulièrement lourd comme l'est celui de la concession. Aussi la loi a-t-elle justement dissocié l'exploration de la mine de son exploitation. La demande en concession est normalement précédée de certains actes de recherche et de découverte. Ces actes sont soumis à autorisation préalable du propriétaire de la surface ou du Gouvernement. Dès lors, on peut se demander si ces permis de recherches sont cessibles. La question ne pouvait faire aucun doute dans le système de la loi du 21 avril 1810. La mine étant une propriété transmissible « comme tous les autres biens », le permis de recherches participait de la même nature juridique. La jurisprudence en témoigne. La Cour de Cassation (1) est venue déclarer que lorsque l'Administration a délivré un permis de recherches de minerais dans un terrain déterminé, les droits afférents à ce permis ne sont pas, par leur nature, attachés à la personne du titulaire. Aucune loi ne lui interdit de les céder à un tiers et le caractère du permis ne change pas, par le seul fait qu'il s'applique à un terrain domanial.

Avec la loi du 16 décembre 1922, la solution précitée pourrait paraître douteuse. Cette loi implique, en effet, dans certaines de ces dispositions, un choix du permissionnaire, en raison des garanties personnelles qu'il offre. Ainsi, l'article 10, dispose que l'explorateur autorisé et le titulaire du permis exclusif de recherches ne

(1) Cass. Civ. 1^{er} mai 1917, *Revue générale d'Administration*, 1917, p. 259.

peuvent occuper une parcelle de terrain qu'après avoir payé ou fourni caution de payer au propriétaire de la parcelle une indemnité. Or, cette clause, édictée dans une pensée de garantie à l'égard de la propriété, risquerait de rester lettre morte, si le permis pouvait être librement cédé par son titulaire.

Postes de Radiodiffusion

Le régime provisoire institué par le décret du 28 décembre 1926 pour les stations émettrices de radiodiffusion a créé un mode d'exploitation de ces postes au moyen de permissions, délivrées par le Ministre des Postes, Télégraphes et Téléphones. Ces permissions sont soumises aux mêmes conditions de cession que les concessions administratives, c'est-à-dire à l'approbation de l'autorité concédante. L'article 19 du décret prévoit en effet : « Toute cession totale ou partielle d'autorisation, tout changement de permissionnaire ne peut avoir lieu qu'après l'approbation donnée par le Ministre chargé des Postes, Télégraphes, Téléphones. »

Un contrôle de cession aussi rigoureux se justifie par les mêmes considérations qui ont imposé en matière de radiodiffusion un régime particulièrement centralisé et restrictif à l'égard des initiatives privées.

De plus, si nous nous trouvons en présence d'une autorisation précaire, révocable à tout moment et sans indemnité par le Ministre, c'est en raison du système provisoire édicté par le décret de 1926. C'est d'ailleurs le seul trait qui relève de la nature juridique de la permission, tout le reste participant du contrat de concession ; notamment le cahier des charges auquel est soumis

l'autorisation d'établir et d'exploiter un poste de radio-diffusion. Certaines de ces clauses indiquent que la personnalité du permissionnaire n'est pas étrangère au choix du Ministre, telles la communication des statuts de la société, l'approbation du Président du Conseil d'Administration ; d'autres indiquent que nous nous trouvons tout à fait en dehors de la permission : telles, l'institution d'un service de contrôle portant sur les recettes et les dépenses de la société, la désignation d'un commissaire du gouvernement, les conditions financières de l'autorisation, la reprise du matériel à l'expiration de la permission, le contrôle des émissions, etc. (art. 17).

Si le décret n'avait pris soin de parler d'autorisation précaire et révocable, on aurait pu croire à l'organisation d'un régime d'exploitation des postes par concession. Mais il n'en reste pas moins que ce régime de permission est fortement teinté des caractères juridiques de la concession et c'est ce rapprochement qui explique la nécessité de l'approbation de la cession.

Avec cette matière, nous nous trouvons à la limite des modalités du contrôle de cession, dans ce qu'il a de plus restrictif.

Il n'avait aucune raison d'être avec la permission envisagée sous son type le plus pur ; mais à mesure que la législation a créé des types de permissions se rapprochant — parfois jusqu'à la confusion — des types de concession connus, le contrôle de la transmission du titre est devenu restrictif, lorsque la permission a emprunté à la concession des traits essentiels.

§ III. — L'INITIATIVE DE L'APPROBATION

On peut se demander à qui appartient l'initiative de la mise en jeu du contrôle de l'opération de cession. L'autorité compétente ignore par hypothèse la transmission du titre. Qui donc, du cédant ou de son ayant-droit, doit se conformer à l'obligation de demander l'approbation ou d'effectuer la notification de la cession ?

Les textes, lois ou règlements, ne touchent pas la question. Ils se contentent pour la plupart d'énoncer, sous une forme très générale, la nécessité de l'accomplissement de la formalité. Les cahiers des charges ne font le plus souvent que reprendre leurs propres termes.

Certains contrats cependant, passés entre l'autorité concédante et le concessionnaire, font à celui-ci l'obligation de dénoncer la substitution qu'il réalise (1).

En principe, il faut admettre que c'est au concessionnaire lui-même qu'appartient l'initiative de l'accomplissement de la formalité. C'est, en effet, lui qui est lié avec l'administration. Du moment qu'il a la faculté de se substituer un tiers dans l'accomplissement de son service, de dénouer en quelque sorte les liens qui l'attachent à la personne publique pour les imposer à d'autres, il est normal que l'initiative de l'obtention du concours de cette personne publique soit prise par lui, non par son auteur.

Au surplus — et la raison paraît déterminante — si le concours de l'autorité administrative n'a pas été

(1) Cons. d'Etat, 10 janvier 1930, Cne de Pointe-à-Pitre, *Revue des concessions*, 1931, p. 77 ; 13 novembre 1908, Sieurs Guillaume, Rec., p. 914.

obtenu, si en conséquence le principe du contrôle de la cession par celle-ci a été violé, les sanctions seront prononcées non pas contre un tiers ignoré de l'administration et sans rapports avec elle, mais contre le concessionnaire lui-même.

C'est à lui que sera imputée comme une faute l'absence d'approbation de la transmission. C'est la raison pour laquelle il nous semble que l'initiative de la mise en mouvement du contrôle doit lui appartenir, puisqu'il supporte les sanctions de sa propre carence.

Tel est le principe.

Il en serait différemment au cas où au lieu d'une transmission volontaire, on se trouverait en présence d'une cession forcée. Si le concessionnaire est tombé en état de faillite, il est bien évident qu'on ne peut exiger de lui qu'il demande à l'autorité concédante d'agréer un successeur qu'il ne connaît même pas. C'est au nouvel adjudicataire qu'il appartient de faire connaître son titre et d'obtenir l'assentiment du concédant (1).

Hormis ce cas particulier, il n'est pas à dire que le concessionnaire ne puisse pas utilement prendre l'initiative de la formalité et suppléer à la carence du cédant. Il a même un véritable intérêt à agir de la sorte. Il lui importe d'avoir un titre régulier tant au regard du public qu'au regard de l'administration, pour jouir de tous les avantages qui sont attachés à la qualité de concessionnaire.

En résumé, l'initiative de la mise en jeu du contrôle de cession revient, en principe, au concessionnaire. Mais les deux parties, cédant et concessionnaire — ont

(1) Cons. d'Etat, 14 novembre 1913, Cne de Trun (Orne), Rec., p. 1097.

également intérêt à régulariser leur situation au regard de la personne publique concédante. Pratiquement, le cessionnaire fera bien de s'assurer de l'accomplissement de la formalité, pour suppléer au besoin, au silence de son auteur.

Ces observations peuvent valablement s'appliquer au cas où il s'agit de permissions.

§ IV. — L'ÉPOQUE DE L'APPROBATION

Sous cette rubrique, deux questions doivent être résolues.

D'une part, à quelle époque le concessionnaire doit-il saisir l'autorité compétente afin de l'amener à se prononcer sur la cession. En d'autres termes, l'approbation pour être régulière, ne doit-elle pas être *préalable* au traité de cession ? Ce caractère ne comporte-t-il pas lui-même une exception, dans le cas de cession forcée ?

D'autre part, à quelle époque l'autorité compétente légalement saisie doit-elle statuer ? Dans l'exercice de ses pouvoirs n'est-elle pas tenue parfois à l'observation de certains délais ?

1^o Le principe n'est pas douteux. *L'approbation doit être préalable à la cession.* Cela résulte de la nature même des choses. Seul un contrôle préventif permet à l'administration de sauvegarder efficacement les intérêts dont elle a la charge. Il lui évite de se trouver en présence d'un « fait accompli », nécessitant une rupture brusque avec l'exécutant du service. Ce caractère préalable de l'autorisation a été consacré tant par le Conseil d'État (1),

(1) Cons. d'État, 13 novembre 1908, sieurs Guillaume, Rec., p. 914.

que par les juridictions de l'ordre judiciaire. Il est intéressant de noter la position de celles-ci à l'égard du problème général de l'observation des formes en droit public.

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 20 octobre 1933 (1) a marqué, avec une particulière précision, le caractère préalable de l'autorisation de cession. Il a attaché à ce caractère la sanction de la nullité d'ordre public. Un concessionnaire de distribution d'énergie électrique avait fait à une société différents apports : en premier lieu, une concession ; en second lieu, une promesse de cession d'une concession appartenant à un tiers ; enfin, une concession sur le point d'expirer mais avec promesse de renouvellement pour une durée de trente ans. Dans aucun de ces cas, il n'était justifié d'une autorisation préalable de l'autorité compétente.

Au premier de ces cas, l'autorité concédante avait refusé son approbation postérieurement à la date du traité de cession. Or, la Cour a pris soin d'indiquer que si l'autorisation au lieu d'être refusée avait été accordée le fait qu'elle eût été postérieure à la cession n'aurait pu relever cette dernière de sa nullité d'ordre public. « Attendu que pareille cession faite sans autorisation préalable de l'autorité concédante, était entachée d'une nullité d'ordre public dont l'autorisation, qui a été refusée postérieurement à la date des conventions en cause, ne pouvait la relever, si elle avait été accordée ; que toutes les stipulations du cédant pour parer à cette déchéance formelle ou en garantir son co-contractant sont également nulles. »

(1) Sieur B..., *Revue des Concessions*, 1933, p. 157.

Au second cas, il s'agissait de l'engagement d'apporter, sous la condition d'une régularisation ultérieure, la concession dont un tiers était le bénéficiaire. Or, la régularisation n'a pu être faite par suite du refus d'approbation de l'autorité concédante. Et l'arrêt note la nécessité de l'antériorité de l'autorisation par rapport au traité de cession... « Que la condition prévue aux conventions aurait dû précéder celle-ci (la cession) ; qu'elle ne s'est même pas régularisée ultérieurement et que la cession litigieuse est donc nulle. »

Même argumentation est reproduite pour le troisième cas, celui de la cession par son titulaire d'une concession venant à expiration prochaine avec promesse de renouvellement pour une durée de trente ans :

« Qu'ici encore, l'autorisation *qui aurait dû précéder la convention* pour sa validité, a été refusée postérieurement à sa date par la commune ; que la cession se trouve par suite entachée du même vice que les précédentes, et doit être annulée. »

L'arrêt précité a marqué, avec beaucoup de netteté, la sanction de l'inobservation du caractère préalable de la cession. C'est la nullité absolue qui ne peut se couvrir par la volonté des parties. D'une part, le cédant ne pouvait garantir le cessionnaire de tous recours éventuels des tiers ; d'autre part, la société cessionnaire ne pouvait pas croire que le cédant pouvait lui transmettre efficacement, sans autorisation préalable, le bénéfice de concessions qui lui avaient déjà été accordées ou étaient à régulariser ou à prolonger. Cela n'était pas possible, puisque l'article 33 du Cahier des charges des concessions de distribution d'électricité dispose que toute cession, tout changement de concessionnaire

ne peut avoir lieu à peine de déchéance, qu'en vertu d'une délibération du Conseil Municipal ou du syndicat intercommunal, approuvée par le Préfet.

En l'absence de cette formalité, le contrat n'a pu engendrer *entre les parties* aucune conséquence de droit (1).

* * *

Le caractère préalable de l'autorisation de la cession, comporte une exception, au cas de cession forcée. Par la force des choses, l'approbation ne peut être que postérieure à une transmission qui s'effectue par la voie de l'adjudication. Et l'adjudicataire n'est pas en faute pour avoir réclamé l'agrément de l'autorité concédante quelques jours après cette opération. Avant cette procédure, le syndic de la faillite n'a pas l'obligation de demander cet agrément (2). A ce propos, il convient de préciser à la suite de quelles formalités, la cession doit être soumise à l'approbation de l'autorité administrative. Il faut, en effet, concilier, d'une part les droits des créanciers, les droits de la faillite, avec les droits des personnes publiques.

Nous l'avons vu, l'autorisation gouvernementale est nécessaire, non seulement pour les cessions amiables, mais aussi pour les cessions forcées, qui se réalisent à la suite d'une faillite. Nous avons indiqué que rien n'empêchait une société concessionnaire d'un service public, dès lors qu'elle cessait ses paiements, de tomber en

(1) Egalement, Cour de Paris, 10 novembre 1931, D. H. 1932, p. 60.

(2) Cons. d'Etat, 14 novembre 1913, Commune de Trun (Orne), Rec., p. 1097.

faillite et que rien ne s'opposait au jeu de cette procédure de sauvegarde des droits des créanciers. Mais de son côté le gouvernement doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la construction de l'ouvrage ou l'exploitation du service et doit pouvoir conserver son droit d'agréer le nouveau cessionnaire. Il y a donc à combiner deux procédures, l'une qui assure la sauvegarde des droits des créanciers, par l'application de certaines des dispositions de la législation de la faillite ; l'autre qui assure la sauvegarde des droits du public. Procédures qui, bien que soumises à leurs règles propres réagissent l'une sur l'autre puisqu'une cession consentie par les organes des créanciers peut être paralysée par l'Administration dans l'exercice de son pouvoir d'approbation, et qu'inversement l'autorisation administrative ne dispense pas les parties d'observer les règles protectrices des droits des créanciers, qu'elle n'en purge pas les vices.

Indiquons donc à la suite de quelles formalités l'approbation administrative doit utilement et nécessairement intervenir. Ces règles sont une exception au principe de l'autorisation préalable, qui, de par la nature même des choses, ne peut pas jouer au cas de cession forcée.

La jurisprudence est depuis longtemps fixée (1), à la suite d'un avis de la Commission Provisoire de 1871, statuant comme Conseil d'État (2). La Compagnie des chemins de fer de Lyon à Sathonay avait été déclarée en état de faillite. Le syndic s'était fait autoriser par le juge-commissaire à traiter de la cession amiable de

(1) Trib. de Commerce de la Seine, 23 octobre 1871, D. P. 1872.3.55.

(2) Aucoc, *Conf. du Droit Administratif*, t. III, n° 1334.

l'exploitation avec un tiers. Le projet de cession avait été soumis à l'agrément du Ministre ; celui-ci demanda à la Commission Provisoire son avis, d'une part sur la forme dans laquelle la substitution du concessionnaire devait être ratifiée ; d'autre part, sur les conditions auxquelles le traité devait satisfaire pour être considéré comme valable. Sur le premier point, la Commission Provisoire émit l'opinion qu'il fallait un décret du Président de la République, rendu dans la forme des règlements d'administration publique et déterminant s'il y avait lieu, les conditions et garanties spéciales imposées au concessionnaire ou se référant aux engagements que le Ministre lui aurait fait souscrire à cet effet par acte séparé. Sur le second point, la Commission a ébauché toute une doctrine. La substance en est la suivante :

La concession ne peut être assimilée aux objets susceptibles d'être vendus, aux termes des articles 486 et 534 du Code de Commerce avec une simple autorisation donnée au Syndic par le juge-commissaire. Il n'est pas davantage possible de l'assimiler aux biens immobiliers visés aux articles 487-534-572 du Code de Commerce. Il y a donc lieu de suivre les dispositions de l'article 570 du Code de Commerce (1) qui est susceptible de donner les garanties voulues aux intéressés. En conséquence, le concessionnaire ne peut être légalement investi, au regard de la faillite et des tiers, des droits de l'union des créan-

(1) Cet article est ainsi conçu : « L'union pourra se faire autoriser par le Tribunal de Commerce, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou partie des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré et à les aliéner ; en ce cas, les syndics feront tous les actes nécessaires. Tout créancier pourra s'adresser au juge commissaire pour provoquer une délibération de l'union à cet égard. »

ciers qu'en vertu d'une délibération de ces créanciers et d'un jugement d'homologation rendu, la failli dûment appelé, par le Tribunal de Commerce et passé en force de chose jugée, conformément aux articles 570 et 583 du même Code.

Et c'est ce qu'il importait de noter à cette place, la cession faite à la suite d'une faillite ne peut être utilement soumise à l'examen et à l'approbation du gouvernement, qu'après qu'une décision judiciaire a statué en dernier ressort, sur le titre ou la qualité du concessionnaire et la validité de la cession au regard de la faillite et des tiers.

La règle de l'autorisation perd donc dans ce cas son caractère préalable par rapport au traité de cession.

2° L'Autorité compétente a été régulièrement saisie d'avoir à se prononcer sur la cession. A quelle époque doit-elle le faire ? En principe, et à moins de texte exprès, l'Administration n'est pas tenue de se prononcer sur une demande, d'octroyer un titre, dans un délai déterminé. Mais si elle faisait de son pouvoir d'appréciation un usage qui n'a pu entrer dans la commune intention des parties, elle pourrait être censurée par le juge. Celui-ci s'est reconnu le droit de prononcer la résiliation au profit d'un concessionnaire qui avait régulièrement saisi une commune d'une demande d'approbation de la cession de son titre et que la commune avait laissé pendant plus de deux ans dans l'ignorance de ses intentions (1). Si aucun délai n'est imposé à l'Administration pour statuer, c'est au juge qu'il appartient de dire si

(1) Cons. d'Etat, arrêt Wuillaume précité.

elle a fait un usage normal de la faculté qui lui est réservée ou si sa responsabilité se trouve engagée. Indemnité est due par l'Administration toutes les fois que, par des retards excessifs dans l'exercice de ses attributions, elle a causé à son co-contractant un préjudice qui ne pouvait entrer dans ses prévisions (1).

Des dispositions spéciales sont venues, en certaines matières, limiter l'arbitraire de l'administrateur en lui imposant un délai. Pour les concessions d'énergie hydraulique, le Ministre des travaux publics doit prononcer dans le délai d'un an à compter de la demande et de la constitution du dossier, soit qu'il accorde l'acte de concession, soit qu'il signifie son refus au demandeur. Faut-il décider que le Ministre devra prononcer dans le même délai l'approbation de la cession ou son refus, dès lors qu'il aura été régulièrement saisi ? Cette solution paraît pertinente. On pourrait hésiter en présence des textes de l'article 24 de la loi de 1919 qui prévoient un double délai, l'un de 6 mois pour les autorisations ; l'autre d'un an pour les concessions. Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens du terme « autorisation » qui n'est nullement synonyme d'approbation — et pourrait par suite s'appliquer à l'opération de cession — mais désigne les entreprises autorisées par opposition aux entreprises concédées. Toute l'économie de la loi relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique est fondée sur la distinction des deux régimes. On la retrouve dans la rédaction, la terminologie de l'article 24. En résumé, l'autorité administrative, le Ministre des Travaux publics devra statuer sur les demandes de cession dans le délai

(1) Cons. d'Etat, 3 août 1907, D. P. 1909.5.76.

auquel il est tenu de statuer pour les demandes de concession, c'est-à-dire un an.

En la matière des permissions, l'article 6, § 3 de la loi du 27 février 1925, prévoit que l'autorité compétente pour recevoir la notification de la cession de la permission doit, dans le délai de deux mois, à dater de cette notification, en donner acte ou signifier son refus motivé.

Il va sans dire, que toutes les fois qu'une texte formel a enfermé dans un délai le pouvoir d'approbation de l'administration, le refus de sa part, survenu après l'expiration du terme serait inopérant. Il pourrait être attaqué pour violation de la loi par la voie du recours pour excès de pouvoir.

§ V. — CARACTÈRE EXPRÈS DE L'APPROBATION

L'approbation de la cession doit être expresse. Une autorisation tacite de l'autorité compétente ne saurait suffire, car c'est l'intervention effective de cette autorité qui rend valable un acte prohibé sans réserve et qui investit le cessionnaire des droits primitivement conférés au cédant (1).

Elle pourrait toutefois résulter de certaines initiatives prises par l'autorité concédante à l'égard du cessionnaire. Lorsqu'un contrat de concession autorise la substitution d'une société à une autre avec l'agrément de la commune, et que l'autorité municipale a accepté d'entrer en rapports avec la société substituée en lui accordant des subventions et des relèvements de tarifs,

(1) Voyez note sous Cass. Civ., 11 février 1884, D. P. 1885.1. 100 de Constantin.

cette société doit être considérée comme ayant acquis la qualité de concessionnaire, bien que la commune n'ait pas répondu à la demande tendant à l'autorisation de la substitution (1). Dans cette espèce, l'octroi d'avantages au cessionnaire a été considéré comme une adhésion expresse à la substitution de la part de l'autorité concédante. Mais cette adhésion ne pourrait résulter de la simple connaissance pour celle-ci de la réalisation de la cession.

L'installation d'un tiers d'une façon publique, dans les locaux où se fait la production de l'énergie électrique, l'exploitation provisoire par lui effectuée du service de distribution, la conduite de pourparlers entre lui et le représentant de la personne publique pour le compte de laquelle le service est entrepris, tous ces moyens ont été rejetés comme pouvant donner prise à une acceptation tacite de la cession, en l'absence du consentement formel et exprès relaté par une délibération du Conseil Municipal, approuvée par le Préfet (2).

Pour les permissions de voirie, l'approbation intervient à la suite de la notification effectuée par le permissionnaire. Il pourrait être suppléé à la notification de la cession prescrite par la loi, par l'approbation émanée de l'autorité qui a délivré la permission, que cette approbation soit expresse ou tacite.

(1) Cons. d'Etat, 10 janvier 1930, Commune de Pointe-à-Pitre, *Revue des Concessions*, 1931, p. 77.

(2) Cons. d'Etat, 9 juillet 1924, le secteur électrique de la vallée d'Auge, *Revue Générale d'Electricité*, 1924, p. 447, note de M. Paul Bougault.

§ VI. — ÉTENDUE ET LIMITES
DES POUVOIRS D'APPROBATION

L'autorité compétente peut d'abord accorder purement et simplement son assentiment à la cession. Elle peut aussi subordonner son agrément à la production de renseignements complémentaires, d'éclaircissements de toutes sortes, qui lui permettront de se prononcer en toute connaissance de cause. Les cahiers des charges des concessions stipulent souvent l'obligation de garantie pour le cédant. Voyez par exemple l'article 16 du cahier des charges de la concession à la Chambre de commerce de Marseille de l'aéroport de Marignane (*J. O.* du 31 janvier 1934, p. 978). Dans cette concession de travaux publics, la Chambre de Commerce pourra, avec le consentement du Ministre de l'Air, remettre à des entreprises françaises l'exploitation d'une ou plusieurs parties des ouvrages ou la perception des taxes correspondantes, mais elle demeure personnellement responsable envers l'Administration et envers les tiers de l'accomplissement des obligations que lui impose le cahier des Charges. Le concessionnaire primitif est autorisé à transmettre, avec le concours de l'Administration, son service sous la condition de rester garant et responsable de son cessionnaire. C'est une clause courante, dont le cessionnaire ne pourrait se prétendre exonéré par le fait qu'un avenant aurait été conclu en dehors de lui, alors que cet avenant n'a modifié ni la nature, ni les charges du traité primitif (2).

(2) Cons. d'Etat, 24 juin 1927, Ville de Castelnau-dary. D. H. 1927, p. 487.

L'autorité compétente peut valablement subordonner son agrément à l'application des conditions qu'elle a posées, des modifications qu'elle a requises (1).

Elle peut aussi refuser l'autorisation sollicitée. Un Conseil Municipal qui refuse d'approuver la cession faite à un tiers par son concessionnaire du droit qu'il lui a donné d'exploiter un gisement de schiste ardoisier appartenant à la commune, ne fait qu'user du droit qui lui appartient de statuer sur l'administration des biens communaux (2).

Le droit de refus est entier : le fait pour le demandeur en concession de justifier d'un droit quelconque sur la concession, même de la propriété, ne saurait empêcher l'autorisation de la transmission en faveur d'un autre individu. La réalisation de la cession *inter partes* ne confère à son bénéficiaire aucun droit à l'égard de l'autorité concédante qui reste pleinement libre de lui refuser son approbation, si l'intérêt public exige ce refus. C'est ainsi qu'il a été jugé (3) qu'un particulier qui aurait traité avec le concessionnaire d'une mine pour en obtenir ses droits, mais dont la demande tendant à être autorisé à acquérir la propriété de la concession minière aurait été rejetée par le chef d'État, ne pourrait soutenir que le décret autorisant la mutation au profit d'une société a méconnu ses droits de propriété sur ladite mine. Rien n'impose au demandeur en approbation de cession de justifier au préalable de la transmission à son profit

(1) Cons. d'Etat, 27 avril 1923, Consorts de Fallois, Rec., p. 367.

(2) Cons. d'Etat, 17 décembre 1897, Société de l'Ardoisière de l'union, Rec., p. 789.

(3) Cons. d'Etat, 17 juin 1921, Fourez, Rec., p. 604.

des droits du concessionnaire, et cette justification quand elle se produit, laisse entière la liberté d'appréciation de l'administration. On peut voir là une conséquence de la dualité de caractères de toute cession, de l'indépendance réciproque de ces caractères. La transmission *inter partes* du titre n'a aucune incidence sur l'octroi ou le refus de l'approbation de l'autorité compétente. Celle-ci reste pleinement libre de sa détermination. Aucune disposition de loi ou de règlement n'exige que l'acte par lequel elle fait connaître sa volonté soit motivé.

Mais l'Administration doit faire de ses pouvoirs de refus « un usage normal », celui-là même « qui entre dans la commune intention des parties ». Ce sont les formules que la jurisprudence a plusieurs fois employées. L'Administration ferait de ses pouvoirs un usage qui n'a pu entrer dans la commune intention des parties, si saisie d'une demande d'approbation, elle laissait, par un silence prolongé, le concessionnaire dans l'ignorance de ses intentions (1) ou encore si son appréciation était déterminée par des raisons étrangères à la situation personnelle ou à la capacité du cessionnaire (2); elle ne pourrait non plus justifier son silence par l'existence de difficultés avec le cessionnaire relativement à une concession autre que celle qui fait l'objet de la cession : le refus d'approbation ne peut être fondé sur des difficultés étrangères à la concession dont la transmission est demandée (3).

(1) Cons. d'Etat, 13 novembre 1908, Sieurs Guillaume, Rec., p. 914.

(2) Cons. d'Etat, 14 novembre 1913, Commune de Trun (Orne) Rec., p. 1097.

(3) Cons. d'Etat, 19 février 1932, MÉLON, *Revue des Concessions*, 1932, p. 49.

Les pouvoirs d'approbation de l'administration sont limités par ceux du juge. A l'époque où l'acte administratif était considéré comme entièrement discrétionnaire, il ne pouvait être question d'un pareil contrôle. L'octroi ou le refus d'autorisation n'étaient pas, par nature, susceptibles d'un recours juridictionnel.

Aujourd'hui, le recours pour excès de pouvoir peut être intenté contre de tels actes, et les pouvoirs d'investigation du juge eu égard aux motifs de l'acte attaqué, autant que l'extension de la notion d'intérêt chez la personne du requérant, constituent des limites efficaces à l'arbitraire. L'irrégularité d'une approbation pourrait être invoquée par des contribuables intéressés, notamment si elle avait été donnée par le Préfet, alors que l'acte de concession comporte des modifications au cahier des charges type rendant nécessaire l'approbation par décret en Conseil d'État (1).

Une telle censure aboutit à l'annulation de l'acte.

Mais cette voie de droit ne fait pas obstacle à l'exercice d'un recours en indemnité. Si l'administration fait de ses pouvoirs un usage anormal, si par son silence, par exemple, elle cause un trouble au concessionnaire, de nature à entraîner un préjudice, elle en doit réparation. Le dommage causé par le silence de l'autorité compétente ou par son refus non motivé, peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux et donner lieu à des dommages-intérêts (2).

Une action en résiliation du contrat de concession au profit du concessionnaire, auquel le refus systématique

(1) Cons. d'Etat, 29 novembre 1929, Chatelot et autres, Rec., p. 1049.

(2) Cons. d'Etat, 19 février 1932, Sieur Mélon, Rec., p. 206.

de l'Administration dans des circonstances auxquelles normalement il ne pouvait pas s'attendre et qui lui cause un trouble, peut également sanctionner l'exercice anormal du pouvoir d'agréer (arrêt *Guillaume* précité).

Le contrôle juridictionnel ne fait évidemment pas obstacle à l'exercice du contrôle administratif, soit par la voie du recours gracieux, soit par la voie du recours hiérarchique. C'est l'application de principes de droit commun. Leur combinaison constitue une protection efficace en faveur du demandeur en autorisation ; elle joue comme une limite au pouvoir d'approbation du concédant. Il reste à faire l'application de ces règles à la matière des permissions. Nous prendrons pour exemple les permissions de voirie de la loi de 1925.

* * *

Les pouvoirs de l'Administration et leurs limites en ce qui concerne la notification des permissions de voirie.

D'après les termes de la loi du 27 février 1925, article 6, l'autorité compétente saisie de la notification de la cession doit en donner acte ou signifier son refus motivé. Au premier cas, si l'Administration donne acte de la cession purement et simplement, aucune difficulté ne saurait se produire. Mais sans signifier un refus motivé, l'Administration peut-elle imposer au cessionnaire des obligations et faire de l'acceptation de ces obligations la condition de l'agrément de la cession ? Cela paraît possible si cette prétention n'a d'autre fondement que la satisfaction d'un intérêt public. L'autorité supérieure ou le juge diront si cette exigence nouvelle ne couvre aucune pensée vexatoire ou un refus déguisé. Au reste,

nous retrouverons cette question du contrôle des pouvoirs de l'administration à l'égard de la cession, en étudiant le refus.

Si pendant le délai de deux mois, pendant lequel elle peut manifester sa volonté (soit qu'elle donne acte de la cession, soit qu'elle signifie son refus), l'administration garde le silence, la cession se trouve valable. Le manquement de sa part à une obligation légale, à la manifestation de volonté imposée par la loi, ne saurait priver le cessionnaire de sa qualité, de son titre de permissionnaire.

Le refus peut être, opposé à la notification, mais il doit être « motivé » et cette exigence de motifs est une garantie pour les cessionnaires qui ont la certitude qu'on ne s'opposera à eux qu'à bon escient. L'Administration ne courra pas volontiers le risque d'être censurée sur des motifs bénins ou de pure forme. La motivation de sa décision de refus l'obligera à se tenir dans la ligne de l'intérêt général. Cette exigence est exceptionnelle en droit public, les décisions administratives n'étant pas, en principe, motivées. Sauf dans des matières où les lois et règlements sont venus en décider autrement : par exemple, l'article 86 de la loi du 5 avril 1884 concernant les arrêtés ou décrets de suspension et de révocation des maires, l'article 32 du cahier des charges des concessions d'énergie hydraulique. Cette exigence de motifs est une limite aux pouvoirs de l'administration.

C'est une limite exceptionnelle, puisque n'étant pas de droit commun, elle doit être apportée par un texte. Il en est d'autres qui sont des limites normales : ce sont le contrôle de l'autorité supérieure, mis en mouvement par le recours administratif ; et le contrôle de l'autorité

juridictionnelle mis en mouvement par le recours contentieux.

Quelques mots sont nécessaires sur l'un et sur l'autre, pour indiquer les particularités qu'ils présentent relativement à la matière traitée.

A) Le recours Administratif

Il prend soit la forme d'un recours gracieux, s'il est porté devant l'auteur de l'acte qui fait grief, soit la forme d'un recours hiérarchique, s'il est porté devant l'autorité administrative supérieure à celle qui a pris la décision incriminée. Le refus de la cession d'une permission de voirie peut provenir soit du Préfet, s'il s'agit d'une voie publique, rentrant dans l'une des catégories suivantes : — Route Nationale, Route Départementale, Chemin vicinal de grande communication ou d'intérêt commun — et le recours hiérarchique sera dans ce cas porté au Ministre des Travaux Publics ; ou bien le refus de cession émane du Maire, si la voie publique est un Chemin vicinal ordinaire ou un Chemin rural et le recours doit être porté devant le Préfet. On pourrait cependant hésiter entre le Préfet et le Ministre, en présence de l'article 6, § 3 de la loi de 1925. Ce texte dispose qu'en cas de contestation, relative au refus opposé de la cession « il sera statué par le Ministre des Travaux Publics après avis du Comité d'Électricité ». Une pareille disposition oblige-t-elle le titulaire d'une permission municipale à se pourvoir devant le Ministre, en cas de contestation sur la transmission de son titre ? Il ne le paraît pas. M. Mestre a fait remarquer que la loi de 1925 ne peut abroger implicitement en matière de distribution

d'énergie électrique [l'article 98 *in fine* de la loi du 5 avril 1884. Or, cet article dispose que les « permissions de voirie à titre précaire ou essentiellement révocable sur les voies publiques qui sont placées dans les attributions du Maire et ayant pour objet, notamment l'établissement dans le sol de la voie publique des canalisations destinées au passage ou à la conduite soit de l'eau soit du gaz, peuvent, en cas de refus du Maire non justifié par l'intérêt général, être accordées par le Préfet. » Or, le décret du 29 juillet 1927 portant règlement d'Administration publique pour l'application de la loi sur les distributions d'énergie, vise dans son article 6 les pouvoirs du Maire en matière de délivrance de permissions et supplétivement ceux du Préfet par l'article 98 de la loi municipale. Le droit commun de la loi de 1884 ne peut avoir été abrogé. Le recours administratif au Préfet subsiste, si le refus de la cession émane du Maire. Si ce refus émane du Préfet, le Ministre sera compétent pour statuer.

B) Le recours contentieux

Le recours contentieux est-il possible contre le refus de l'administration à la notification qui lui est faite de la cession ?

La loi de 1925, particulièrement explicite pour le recours administratif, ne dit mot sur ce point. Il faut en conclure que le droit commun reprend son empire, c'est-à-dire que tout acte administratif peut en principe être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. On aurait pu hésiter, à une

certaine époque, sur cette solution. Le refus d'une permission n'était pas susceptible d'être discuté au contentieux (1). L'octroi ou le refus des autorisations de voirie rentrait dans le pouvoir discrétionnaire de l'Administration compétente. La juridiction administrative estimait qu'elle ne pouvait pas ordonner à l'Administration active de faire un acte déterminé de sa fonction. Les motifs du refus d'autorisation échappaient à l'appréciation du juge aussi bien que le refus lui-même. Mais lorsque les permissions de voirie sont devenues « de l'administration courante », « du service courant » il n'y avait plus aucune raison pour que la voie contentieuse ne fût ouverte ; du moment que les services fonctionnent en vue de la satisfaction des besoins publics, les administrés ont un intérêt légitime à demander l'annulation qui n'est pas conforme à la bonne administration :

L'autorité administrative, peut certes, refuser une permission, mais son refus ne doit être dicté que par la sauvegarde des intérêts dont elle a la charge. L'intéressé peut par la voie contentieuse, poser la question de savoir si l'Administration s'est tenue dans les limites de ses pouvoirs (2). Et le juge se reconnaît le droit d'apprécier les circonstances du refus, de saisir les motifs invoqués pour les discuter, de voir si derrière l'intérêt général invoqué par l'administrateur, il n'y a pas seulement qu'une allégation, ou une « pure déclaration de principe ». A lui il appartiendra de dire si vraiment, eu égard aux

(1) Cons. d'Etat, 26 décembre 1891, Compagnie générale du gaz pour la France et l'étranger. S. 93.3.142 ; 23 mars 1903, Société Mutuelle d'Electricité, S. 1905.3.139.

(2) Cons. d'Etat, 11 avril 1913, Compagnie des Tramways de l'Est parisien. S. 1914.3.113. Note d'Hauriou,

faits de l'espèce, l'intérêt général requiert le refus de la permission de voirie (1).

Ces principes dégagés de la jurisprudence des permissions de voirie sont exactement applicables au cas de cession.

L'acte administratif, susceptible d'être attaqué par la voie contentieuse, ce sera soit la décision de refus du Maire ou du Préfet consécutive à la notification de la transmission de la permission, soit celle du Préfet ou du Ministre rendue à la suite du recours administratif de l'intéressé. « L'exigence de motifs imposée à l'Administration, qui, après avoir donné la permission, entend s'opposer à son transfert, a pour effet d'augmenter les chances du requérant. La discussion des motifs permet de saisir les motifs de nullité de la décision attaquée (violation de la loi, détournement de pouvoir) » (Mestre).

Les intéressés, les cessionnaires de permissions de voirie, ont donc double moyen de sauvegarder leurs droits. Ils peuvent utiliser soit la voie administrative, soit la voie contentieuse, soit concurremment l'une et l'autre sous certaines conditions de délai. Si l'exercice de ces procédures échoue, l'opposition de l'Administration demeure et empêche la transmission du titre. S'il réussit, au contraire, la décision de l'autorité administrative supérieure ou du Conseil d'État paralysera l'opposition à la cession. La validité en sera assurée rétroactivement à dater du jour où elle aura été consentie.

En outre, rien ne s'oppose, à ce que des dommages-intérêts soient accordés aux cessionnaires par le juge, s'ils font la preuve que l'opposition de l'Administration

(1) Cons. d'Etat, 4 août 1922, Société du Bourbonnais de la la Chomette et C^{ie}, Rec., p. 732.

a été abusive ou vexatoire et que par sa faute, elle leur a causé un préjudice.

Un dernier mot reste à dire concernant les conditions d'exercice des deux recours. Pour le recours administratif, aucune condition de délai n'existe ; il peut être fondé sur la simple inopportunité de l'acte. Par contre, le recours contentieux doit être formé dans le délai de deux mois, à compter de la notification du refus. Mais les deux recours peuvent être combinés et ceci a un intérêt au point de vue des délais à observer. Le recours administratif (gracieux ou hiérarchique) conserve le recours contentieux, à la double condition que ce recours administratif ait été lui-même intenté dans le délai du recours contentieux et que les parties se pourvoient devant le Conseil d'État dans le délai légal qui court à leur égard, à compter de la notification de la décision qui a statué sur leur réclamation (1).

En cas de rejet d'un recours gracieux, un second recours gracieux, même formé dans les deux mois de la notification de la décision rejetant le premier recours gracieux ne peut avoir pour effet de proroger une seconde fois le délai du recours contentieux (2).

De même en cas de rejet d'un recours gracieux, un recours hiérarchique formé dans le délai du recours contentieux ne peut donner lieu à une seconde prorogation du délai de ce recours (3).

(1) Cons. d'Etat, 25 mai 1928, Reynaud S. 28.3.81, note d'Hauriou ; 18 janvier 1929, Société Lenger, S. 29.3.24 ; 22 juillet 1932, Grasset, S. 33.3.6.

(2) Cons. d'Etat, 11 avril 1930, Société les Grands Moulins Seigle, S. 30.3.82.

(3) Cons. d'Etat, 12 juillet 1933, Legeais, S. 33.3.119.

En somme, le délai du recours contentieux peut être prorogé une seule fois par l'exercice du recours administratif. Mais si après le rejet d'un recours gracieux ou d'un recours hiérarchique il est formé un second recours gracieux ou un second recours hiérarchique, la formation de ce recours ne peut avoir pour effet de proroger une seconde fois le délai du recours contentieux.

Telles sont, quant aux délais, les conditions auxquelles on peut combiner l'exercice des deux recours administratif et juridictionnel.

§ VII. — SANCTIONS DE L'INOBSERVATION DES RÈGLES DE CESSION

I. Concessions

a) *La Nullité.* — Une cession qui n'a pas été autorisée par l'autorité compétente est nulle. Cette sanction ne fait pas de doute, qu'elle ait été ou non prévue par les textes.

Quel est le caractère de cette nullité ? Puisque l'intérêt public est contraire à la transmission sans autorisation de la concession, la nullité de cette transmission est d'ordre public. L'acte de cession n'est pas valable sous la condition résolutoire du refus d'approbation, ou subordonné à la condition suspensive de cette approbation, il est nul, d'une nullité radicale (1). Dès lors toute partie intéressée pourra demander cette nullité devant les tribunaux (2).

Étant donné le caractère d'ordre public de cette

(1) Cass. Civ., 5 décembre 1882 précité.

(2) Cass. Civ., 26 octobre 1909, S. 1913.1.395.

nullité (1), elle peut être proposée pour la première fois devant la Cour de Cassation, pourvu que le juge du fond ait été mis à même d'en connaître en temps utile l'existence (2). « Attendu, dit la Cour de Cassation (3), que la défense soutient que le moyen tiré de ce que le contrat de concession serait nul parce qu'il n'aurait pas été approuvé par l'autorité administrative ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de Cassation comme étant mêlé de droit et de fait ; Attendu que le moyen de nullité proposé est d'ordre public, que le juge saisi de la demande fondée sur l'inexécution des conventions intervenues entre la Société d'Énergie Électrique et Lebouvier était tenu de rechercher, même d'office, si elles renfermaient une cession de la concession ou de l'exploitation d'un service public dont la validité serait soumise à la condition d'une approbation par l'autorité administrative ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que le contrat litigieux de l'examen duquel dépend la solution de cette question a été produit devant les juges du fond, et qu'il a été soutenu devant eux que l'approbation n'avait pas été donnée ; qu'il suit de là que la Cour d'Appel a été mise à même d'apprécier les faits sur lesquels le moyen d'ordre public est fondé et qu'en conséquence la fin de non-recevoir doit être rejetée. »

Quels seront les effets de la nullité du traité de cession ?

(1) Cour de Paris, 10 novembre 1931, D. H. 1932, p. 60.

(2) Cass. Civ., 16 mars 1915, S. 1923.1.169 ; 4 mai 1921, S. 1922.1.193.

(3) Cass. Civ., 3 mai 1924, Société l'Énergie Elect. du Litt. Méd. S. 24.1.65. Note de M. Mestre.

Tout d'abord le concessionnaire et lui seul reste tenu envers l'autorité concédante des obligations portées à la convention et au cahier des charges (1).

Les sanctions appelées par l'inexécution des engagements du traité de concession, notamment des travaux prescrits, doivent être prises contre le concessionnaire et non contre le cessionnaire en la circonstance de la nullité du traité de cession, du fait de la non-approbation de l'autorité compétente. C'est à bon droit que les mesures de rigueur ont été prises contre lui, puisque seul il figure dans la convention par laquelle l'autorité publique a concédé l'exécution et l'exploitation de la ligne dont s'agit (2).

Toutes les difficultés survenues entre le concessionnaire et son ayant-droit sont de la compétence des Tribunaux Judiciaires. Notamment l'action en restitution des sommes payées en exécution d'une cession de concession faite sans autorisation. Ce qui est payé en exécution d'une convention illicite doit être restitué et les intérêts de ces sommes sont dûs, du jour où elles ont été versées (3). D'où on peut inférer que celui qui se substitue un tiers dans l'exécution du service public dont il est chargé, sans l'agrément de l'administration, n'a pas d'action pour recevoir le paiement du prix stipulé.

Les travaux effectués par un cessionnaire non agréé n'ont point la qualité de travaux publics et les litiges

(1) Cons. d'Etat, 11 juillet 1894, Ville de Courtenay. Rec., p. 478.

(2) Cons. d'Etat, 13 juillet 1883, Richard Grison,, D. P. 1885.3.28.

(3) Cass. Civ., 11 février 1884. S. 1884.1.265. Syndic de la Banque Franco-Hollandaise.

qui en naîtraient ne pourraient être déférés aux Conseils de Préfecture (1).

Enfin dans les instances entre le concédant et son concessionnaire, l'intervention du tiers substitué devra être écartée, comme irrecevable (2).

Ce sont là les conséquences qui déroulent normalement de la nullité absolue de la transmission. La jurisprudence de la Cour de Cassation les a toujours appliquées avec rigueur. C'est le point de vue du juge exclusif du droit. Il n'en a pas été de même au Conseil d'État. L'intérêt auquel le juge administratif s'attache d'abord est celui de l'exécution du service public. Or, le service peut fonctionner correctement, sans que l'exécutant du service ait été investi selon les formes légales. Nous examinerons, dans la 2^e partie de ce travail, les relations qui s'établissent entre un cessionnaire non agréé et la personne publique, pour laquelle « le traité de cession est inexistant ». Dès maintenant, il convenait de signaler que les sanctions, juridiques, logiques, de l'absence d'approbation d'une transmission de concession n'ont pas pour effet de couper tout lien entre un exécutant et l'Administration.

Une dernière remarque s'impose. L'inobservation des formes prescrites pour la validité de la cession entraîne la nullité de celle-ci. La règle ne souffre pas d'exception au cas d'inaccomplissement *total* de la formalité. Mais si la procédure n'a été viciée que par une simple irrégularité, que décider ? En principe, les formes en droit administratif, sont d'ordre public. Elles sont prescrites non dans l'intérêt des parties, mais dans un

(1) Cons. d'Etat, 16 mai 1872, Coiret, Rec., p. 321.

(2) Cons. d'Etat, 31 mai 1878 de Méritens, Rec., p. 538.

intérêt général de bonne administration. Dès lors c'est le juge qui aura à apprécier en présence d'une irrégularité son caractère substantiel et à prononcer la nullité de l'opération dont certaines des formes reconnues substantielles, n'auront pas été accomplies.

Si par exemple pour une transmission de concession de mine, le Conseil d'État n'était pas appelé à donner l'avis conforme que la loi requiert de lui, s'il n'était pas consulté, le transfert réalisé dans ces conditions serait nul et le décret l'autorisant pourrait être argué de nullité devant le Conseil d'État statuant au contentieux (1).

* * *

b) *La Déchéance.* — Certains textes prévoient qu'au cas de cession non autorisée, la déchéance pourra être prononcée à l'égard du concessionnaire. D'autres prévoient que l'approbation devra être obtenue « à peine de déchéance ». C'est le cas des lois sur la distribution de l'énergie électrique et hydraulique. En l'absence de texte, faut-il décider que l'autorité concédante peut poursuivre la résolution du traité ? Les auteurs sont dans le sens de la légalité de cette sanction (Béquet, *Chemin de fer*, N° 892, Picard, t. II). Carpentier et Maury font une réserve : la déchéance de la concession primitive serait encourue, si la conclusion du traité entraînait pour le concessionnaire l'impossibilité de satisfaire à ses obligations ou marquait la volonté

(1) Cons. d'Etat, 16 juillet 1920, Chambre Syndicale des sels gemmes et ignigènes, Rec., p. 724.

évidente de se passer de l'administration. Elle pourrait ne pas être prononcée si elle ne révélait qu'une ignorance de la matière, sans faute des parties contractantes, et que le service n'ayant pas été interrompu par celui qui est régulièrement investi de la concession, celui-ci fut en mesure de le poursuivre.

C'est dans ce sens que se trouve fixée la jurisprudence (1) à la suite d'un arrêt du Conseil d'État, rendu sur les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu. La question se posait de savoir, si en dehors de toute disposition particulière du contrat, la résolution du traité pouvait être prononcée comme sanction du défaut d'approbation de la cession. « La modification apportée au contrat était-elle assez grave pour être considérée comme substantielle et comme de nature à entraîner la déchéance, par application du droit commun, alors que le service est assuré dans des conditions convenables par le cessionnaire non autorisé ? » « La cession volontaire de l'exploitation du service est un acte fait par le concessionnaire dans son intérêt seul, que l'autorité publique a le droit d'empêcher et qui, s'il est accompli contrairement à la volonté nettement manifestée par elle, constitue la violation d'une des conditions essentielles du contrat et peut conduire à la résiliation. » Et M. Romieu ajoute : est-ce à dire que la cession d'exploitation faite par le concessionnaire sans autorisation entraîne par elle-même, de plein droit, la déchéance, si aucune disposition du contrat n'édicte cette pénalité et si le service n'est pas compromis ? Une

(1) Cons. d'Etat, 20 janvier 1905, Compagnie Départementale des eaux et services municipaux, Rec., p. 61, avec les conclusions de M. ROMIEU.

semblable conséquence serait tout à fait excessive. Du moment que son contrat n'en parle pas, le concessionnaire peut avoir cru de bonne foi n'avoir pas besoin d'une autorisation préalable. La cession faite sans autorisation n'entraîne pas de plein droit la rupture du contrat, mais elle peut l'entraîner si les propositions du cédant ne sont pas agréées par l'Administration et s'il prétend passer outre au refus qu'elle a le droit de lui opposer.

Qui prononcera la déchéance ? Les textes qui la prévoient donnent à l'autorité administrative concédante le pouvoir de la prononcer. A défaut de disposition de ce genre, elle ne pourra résulter que d'une décision juridictionnelle. Le contrat de concession étant fait pour une durée déterminée, et la résiliation privant son bénéficiaire de la perception de taxes qui devaient le rémunérer, cette opération est considérée comme devant être entourée de quelques garanties.

La personne publique concédante s'adressera au Conseil de Préfecture qui prononcera la déchéance, s'il estime qu'elle est encourue (1).

La déchéance conserve son caractère de sanction exceptionnelle justifiée par l'impossibilité d'obtenir satisfaction du concessionnaire. On doit d'abord se proposer d'obtenir l'exécution du contrat, et ne prononcer la rupture, à titre de pénalité, qu'au cas où il est avéré que cette exécution n'est pas possible. Pour cela faire, l'Administration devra recourir, à moins de sti-

(1) Cons. d'Etat, 18 mars 1892, Ville de Limoux, Rec., p. 283 ; 20 mai 1892, Tessier, Rec., p. 456 avec les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu.

pulation contraire (1), à une mise en demeure. Elle pourra assortir ses injonctions de délais suffisants, variables selon leur nature. Le juge pourra être appelé à discuter le bien-fondé de la déchéance prise par l'administration : et dans son appréciation mesurer le degré de gravité des faits qui l'ont provoquée. Il annulera ou il confirmera la décision prise par l'autorité administrative. Si la déchéance a été prononcée à tort, son annulation impliquera la remise du concessionnaire en possession, et l'octroi d'une indemnité limitée au préjudice subi pendant la période intermédiaire (2).

L'arrêt du Conseil d'État du 20 janvier 1905, précité, a fait d'une manière fort nette, état de ces principes :

« Cons... que si la Compagnie départementale des eaux et services municipaux avait cédé à la Compagnie pour l'éclairage des villes et la fabrication des compteurs et appareils divers, la concession dont elle était titulaire à la date du 26 août 1899, et si une semblable cession ne pouvait avoir lieu, même en dehors de toute clause spéciale du contrat, qu'avec l'assentiment de la ville, il est établi que cette cession n'a pas eu pour effet d'apporter une modification quelconque dans le service de la distribution des eaux ; qu'ainsi la résiliation ne pouvait être prononcée ; cons. que la ville aurait été en droit de se plaindre de n'avoir été avertie que tardivement de la cession consentie et de poursuivre la résiliation du traité dans le cas où la Compagnie, sur le refus de la ville de donner son agrément à la cession n'aurait pas continué elle-même la gestion de l'entre-

(1) Cons. d'Etat, 6 avril 1895, Deshayes, Rec., p. 344 ; 5 mars 1897, Verdier, S. 1898.3.17.

(2) Cons. d'Etat, 13 juillet 1883, Richard Grison, Rec., p. 662.

prise, mais qu'elle n'était pas autorisée à prononcer la résiliation immédiate du contrat, à raison de ladite cession, sans avoir mis préalablement la Compagnie en demeure d'y renoncer.»

C'est à ces principes qu'il faudra se rapporter toutes les fois que les textes consacrent comme sanction à la règle de l'approbation la déchéance, en laissant à cette mesure d'exceptionnelle gravité un caractère facultatif.

Signalons que tandis que la déchéance du concessionnaire doit — à moins de texte exprès — être prononcée par décision juridictionnelle, la déchéance d'un entrepreneur peut être prononcée en vertu de l'article 1794 du Code Civil par l'Administration active.

* * *

Il nous reste à dire un mot, sous cette rubrique, des sanctions de la transmission des concessions minières, à raison de certaines particularités de la matière. La cession, n'existe, au yeux de l'Administration qu'autant qu'elle a été approuvée. Dès lors, la date de cette approbation revêt une importance au point de vue de la détermination du débiteur des redevances fiscales prévues par la loi de 1810 ou encore de l'établissement des comptes de l'exploitation sur lesquels s'exerce un droit de contrôle. C'est ce qu'il faut préciser.

Le problème de la sanction des formes de la cession présente un intérêt particulier en matière de mine. On sait que l'Administration perçoit sur leur exploitation certaines redevances, l'une fixe réglée d'après l'étendue de la surface, l'autre proportionnelle représentant un certain pourcentage du produit net (article 34-35 de la

loi du 21 avril 1810). Au cas où la cession n'a pas reçu l'approbation de l'autorité compétente, on peut se demander qui, du cédant ou du cessionnaire, est débiteur de ces redevances. En outre sur l'établissement des comptes d'exploitation, l'Administration a un droit de contrôle : elle peut rejeter les dépenses qui seraient sans rapport avec la réalisation des bénéfices et augmenteraient les charges sociales. Dès lors, le cessionnaire non approuvé pourra-t-il faire figurer sur ses comptes les frais de l'opération de cession ?

Le Conseil d'État a eu à trancher ces questions (1). Il a été saisi d'un recours dirigé par le cessionnaire irrégulier d'une concession contre un arrêté du Gouverneur Général de l'Algérie réglant les comptes de l'exploitation minière. Le cessionnaire entendait faire juger que les comptes devaient être établis à son nom à dater de l'acte de mutation et non à dater de l'acte d'autorisation, qui était postérieur à la transmission *inter partes*.

La haute Assemblée, tout en estimant que l'intérêt du requérant le rendait recevable en sa demande, a repoussé cette prétention. « Les mutations, dit-elle, qui interviennent antérieurement au décret d'autorisation n'ont d'existence, au regard de l'Administration, que du jour où elles ont été autorisées dans les formes prévues par la loi. » D'où il suit que jusqu'à la date du décret d'autorisation, les comptes de la concession ne sauraient être établis qu'au nom du titulaire de la concession. C'est donc lui qui est le débiteur des redevances légales. Quant au contrôle à exercer sur les comptes,

(1) Cons. d'Etat, 12 juillet 1933, Consorts Zammit.

l'administration ne peut se refuser à faire état du capital effectivement investi, quelle qu'en soit l'origine, et des dépenses utilement exposées en vue de la réalisation des bénéfices. L'arrêté du Gouverneur pouvait légitimement rejeter des comptes, le prix et les frais d'acquisition de la concession par la société, ces dépenses ne pouvant être regardées comme ayant concouru à la réalisation des bénéfices de la mine.

Remarquons que le Conseil d'État parle de l'inexistence de la mutation et non de la nullité.

II. Permissions

Une permission de voirie accordée pour la distribution de l'énergie électrique peut avoir été cédée en dehors de l'accomplissement des formes prescrites par l'article 6 de la loi du 27 février 1925. La notification requise pour la validité de la cession n'ayant pas eu lieu, l'administration est en droit de considérer la transmission comme nulle et non avenue. Le cédant reste à ses yeux le seul titulaire de la permission, et le cessionnaire reste ignoré par elle.

Mais va-t-on considérer que l'absence de notification de la cession entraîne le pouvoir, pour l'autorité de qui relève la voie, de retirer la permission ? Même si la ligne a été établie en vertu d'une autorisation antérieure au régime de la loi de 1925 ? En d'autres termes, le retrait de la permission va-t-il sanctionner le défaut de notification ?

Le texte de l'article 6, § 3 de la loi précitée, ne prévoit expressément que la nullité du transfert. Mais ceci,

ne fait pas obstacle à l'application d'autres sanctions, la déchéance notamment. En effet, l'article 6 § 2 de la loi prévoit que les permissions de voirie peuvent être révoquées sans indemnité dans les conditions fixées par les règlements d'administration publique visés par l'article 18 de la loi du 15 juin 1906. Or, ceux-ci disposent que les permissions peuvent être révoquées si le permissionnaire ne se conforme pas aux obligations imposées par les lois et règlements. Or, au nombre de ces dernières, figure celle pour le permissionnaire de notifier la cession de son titre. On peut donc conclure que le retrait de la permission est parfaitement légal, comme conséquence de l'inobservation des règles de la cession. Toutefois l'autorité compétente apprécie, eu égard aux circonstances de fait, si l'omission de la formalité est suffisamment grave pour mériter le retrait de l'autorisation. Elle est libre de son appréciation, sous le double contrôle de l'autorité supérieure et du juge, saisis, l'une par le recours administratif porté devant le Ministre des Travaux Publics (art. 15 de la loi de 1925), l'autre par le recours en annulation porté devant le Conseil d'État. Rien ne lui impose une décision de révocation ; elle a simplement la faculté de la prendre si les intérêts dont elle a la garde se trouvent compromis.

La jurisprudence a fait application de ces principes dans une espèce dont les faits étaient les suivants (1) :

Un maire avait révoqué par une décision postérieure à la loi sur le nouveau régime des permissions de voirie, une autorisation de distribution de l'énergie électrique antérieure à ce régime. Le Préfet avait, eu égard au

(1) Cons. d'Etat, 14 janvier 1931, Société Gaz et Electricité des Pyrénées, *Revue des Concessions*, 1931, p. 40.

même titulaire, prononcé une décision de révocation, pour les voies relevant de son autorité. Le cessionnaire irrégulier des deux permissions attaqua les deux décisions de retrait devant le Conseil d'État, par la voie du recours pour excès de pouvoir. Les formes de la cession n'ayant pas été observées, la question de leur sanction se trouvait posée devant le juge, ainsi que celle de la recevabilité du recours du cessionnaire irrégulier. Pour la première, le principe de solution n'était pas douteux en présence d'un texte aussi formel que l'est l'article 6 de la loi du 27 février 1925. Aussi le Conseil d'État s'est attaché à rechercher si les formalités prescrites par les dispositions législatives avaient été accomplies : « Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que la substitution du requérant ait été notifiée aux autorités compétentes ; qu'il n'est justifié d'autre part, d'aucune approbation donnée par ces autorités à cette substitution », et comme conséquence de cette constatation de fait, l'arrêt dispose que « le cessionnaire n'est pas devenu régulièrement titulaire des permissions de voirie », et qu'il est « dès lors, sans qualité et par suite irrecevable à contester la légalité des arrêtés de révocation ».

De l'inaccomplissement de la notification prescrite, résulte la nullité du transfert : le cessionnaire n'ayant pas de titre régulier est sans qualité pour attaquer le retrait de la permission. Ce retrait est donc une conséquence légale de l'absence de la notification.

En résumé, l'inobservation des conditions de la cession des permissions de voirie peut emporter avec elle trois sanctions : l'une principale, expressément prévue par les textes et qui est *l'invalidité de toute*

cession non notifiée ; les deux autres secondaires, découlant de la première et comme accessoires à elle, d'une part, *l'irrecevabilité de l'action du cessionnaire irrégulier* contre la décision de révocation de la permission ; d'autre part, la *légalité de cette décision de retrait* qui subsiste soit à l'égard du cessionnaire, puisqu'il est sans qualité pour l'attaquer, soit à l'égard du cédant, coupable de ne s'être pas conformé à l'obligation de la notification de la cession.

Il n'est pas inutile de remarquer que l'absence de titre irrégulier ne confère au cessionnaire de permission de voirie aucun droit, aucun avantage... Il n'en est pas de même du cessionnaire de concession qui a été parfois traité par le Conseil d'État comme s'il avait un titre régulier. Nous verrons pourquoi.

CHAPITRE III

DES CONSÉQUENCES DE L'APPROBATION

Nous avons étudié selon quelles formes se réalisait la cession des concessions. Il reste à donner quelques explications sur ses conséquences. Il faut rechercher quelle est la situation du cessionnaire investi d'un titre régulier, à la suite de l'observation de la procédure d'approbation dont on a décomposé les modalités

De ce point de vue, on peut grouper nos explications sous deux idées différentes : d'une part l'approbation réalise un *contrôle* d'une autorité administrative sur une modification affectant un service public ; d'autre part, elle réalise au profit d'un tiers une *subrogation* aux droits et aux obligations du concessionnaire.

§ I. — L'APPROBATION EST UNE SIMPLE MESURE DE CONTRÔLE

Il suit de ce caractère que le contrôle de l'opération de cession ne peut équivaloir à l'approbation des conditions financières de la mutation. Pour les cessions de concessions minières, toutes les autorisations données insérées au *Journal Officiel* contiennent la clause suivante : « la présente autorisation n'implique aucune

approbation des conditions financières de la mutation, ni ne préjuge de la valeur des mines (1). » Cela marque une fois de plus l'indépendance des deux caractères de toute cession : le caractère de droit public qui seul intéresse l'autorité concédante et est le fondement de son pouvoir de contrôle sur la transmission ; le caractère de droit privé de l'opération faite *inter partes*, pour laquelle l'administration n'entend pas intervenir, qu'elle ne couvre pas de son autorité morale, dont elle n'entend pas qu'on batte monnaie. C'est la raison pour laquelle les conditions financières de la mutation restent en dehors de la règle de l'autorisation. Il en est d'ailleurs ainsi pour les contrats d'amodiation. En exigeant que soit préalablement autorisée par décret l'exécution des contrats d'amodiation de mines, l'article 138 de la loi du 13 juillet 1911 a seulement eu pour but de permettre à l'administration de s'assurer que ni l'intérêt financier de l'État, ni l'intérêt national lié à l'utilisation des concessions ne sont compromis par les contrats sans donner aucune approbation aux différentes clauses que ceux-ci peuvent contenir ; ces mesures de contrôle n'apportent aucune modification au droit d'exploiter la mine, droit dont la transmission s'effectue selon les règles du Code civil et relève exclusivement de l'autorité judiciaire en cas de contestation, notamment sur la capacité des parties contractantes (1).

(1) A titre d'exemple consulter le *J. O.* du 21 janvier 1934, p. 596.

(2) Cons. d'Etat, 28 novembre 1919, Bourges, Rec., p. 873.

§ II. — L'APPROBATION OPÈRE UNE SUBROGATION
DANS LES DROITS ET LES CHARGES DE LA CONCESSION

La cession réalise une substitution de personnes. Le concessionnaire primitif se trouve remplacé par un tiers de son choix. Sur le plan juridique, l'opération s'accompagne d'une subrogation des droits et des charges de l'un sur la tête de l'autre (1). Il convient de préciser cette notion.

Le cessionnaire, régulièrement investi par l'approbation de la mutation, se trouve bénéficiaire dans leur intégralité des droits de son auteur (2). Les avantages

(1) Ceci n'est vrai qu'au regard de la personne publique concédante. Les droits du concessionnaire ainsi que ses charges à l'égard de celle-ci sont transportés sur la personne du cessionnaire. Mais en ce qui concerne les droits et les obligations du cédant à l'égard des entrepreneurs, fournisseurs, tiers quelconques, les termes du traité de cession — contrat de droit privé — doivent préciser la situation respective des parties. En principe, le cédant a fait naître des obligations ; il devra personnellement les tenir. Quid s'il a consenti une hypothèque sur les immeubles de la concession ? Dans le but de leur faciliter du crédit, certaines concessions accordent à leur titulaire la faculté d'hypothéquer les immeubles qui en font partie. C'est le cas de la concession pour l'exploitation de l'énergie hydraulique notamment. Le créancier non payé pourra-t-il faire opposition sur le prix payé au concessionnaire à l'occasion de la transmission ? On reconnaît généralement que le prix de la cession est le gage du créancier hypothécaire et que celui-ci peut réclamer sa créance au moment où le bien hypothécaire sort des mains de son débiteur. (Voir GARNIER, *Concessions de chutes d'eau*, p. 261 et ss.)

(2) C'est ce qui fait la différence du cessionnaire de concession agréé par l'administration, d'avec le sous-traitant d'un entrepreneur de travaux publics (ou un cessionnaire partiel de

pécuniaires qui seront les siens varient avec la nature même du contrat de concession envisagé. Ce seront au regard de la personne publique des subventions, des avances de fonds, des garanties d'intérêts pour les emprunts, l'indemnité d'imprévision par exemple ; au regard du public, la perception de taxes sur les usagers du service. Peu importent ces diverses modalités.

Outre ces avantages d'ordre pécuniaire, le substitué jouissant de la qualité juridique de concessionnaire sera recevable à introduire toutes les actions en justice qu'occasionnerait l'exécution de son contrat. Et du moment que la cession a été régulière, le concessionnaire primitif ne pourrait intervenir dans une instance tendant au rejet d'une indemnité due par l'autorité concédante au cessionnaire, à raison d'une déchéance prononcée à tort (1).

Les difficultés pratiques du problème ne sont pas tant dans la succession aux avantages du contrat de concession que dans la succession aux obligations qu'il comporte. C'est l'étendue de ces obligations qui a formé la matière à des litiges.

Elles sont fixées par le cahier des charges et les divers traités qui ont pu être passés entre le concessionnaire et la personne publique, soit au moment de la conclusion du traité de concession, soit ultérieurement. Or il est arrivé que des cessionnaires se plaignissent de n'avoir pas connu l'étendue de leurs obligations.

concession) qui se juxtapose à l'entrepreneur principal et qui ne bénéficie que d'une partie de ses droits. (MONTMERLE, *op. cit.*, p. 97 et ss.)

(1) Cons. d'Etat, 28 avril 1889, Dame Vve Daumas, Rec., p. 312.

pour refuser l'exécution de telle prestation prévue par ces traités.

Une telle prétention est inadmissible ; le cessionnaire a le devoir de se renseigner sur l'étendue des charges qu'il va assumer et s'il prétend qu'il n'a pas connu, du fait de son auteur, toutes les obligations qui lui étaient transmises, il s'agit là d'un problème de recherche des conditions de la cession, contrat de droit privé, dont l'autorité judiciaire peut seule connaître. Le Conseil de Préfecture ne pourrait que se déclarer incompetent sur des conclusions à fin de garantie présentées par le cessionnaire et visant la responsabilité du cédant (1).

L'étendue de ces obligations du cessionnaire est donc déterminée par les cahiers des charges de la concession, et le traité de cession lui-même qui peut contenir des conditions nouvelles. Mais une clause qui, figurant dans l'acte de cession, n'aurait pas reçu l'approbation de l'autorité compétente, serait de nul effet. C'est une conséquence de la portée expresse du principe de l'autorisation. Pratiquement, la question s'est posée de la manière suivante : à la suite d'une cession portant sur des concessions de chemin de fer, certains parcours kilométriques se trouvèrent modifiés. L'établissement par le cessionnaire de voies nouvelles, peut avoir pour effet d'entraîner à l'endroit de certains usagers des augmentations de distance. Les usagers, dont les intérêts se trouvent fort importants, s'il s'agit notamment de compagnies houillères, peuvent-ils invoquer le droit au calcul des taxes de transport sur la longueur

(1) Cons. d'Etat, 5 juin 1908, Delmas, Rec., p. 633.

de la ligne telle qu'elle résulte du texte même du cahier des charges ?

La question tend bien à préciser la portée du principe de l'autorisation, puisqu'il s'agit de savoir si l'autorisation de la cession a pour effet de transporter sur la tête du cessionnaire tous les droits et charges du concessionnaire primitif. La jurisprudence a apporté une distinction. *Toute condition, qui insérée dans l'acte de cession, ne serait pas approuvée, est nulle et de nul effet.* Dans l'espèce dont elle était saisie (1) la clause dite de « distance immuable » — qui comporte pour les usagers le droit de réclamer pendant toute la durée de la concession l'application de taxes calculées sur la longueur de la ligne de chemin de fer telle qu'elle était tracée par le cahier des charges de la concession — constituait une condition qui n'avait pas été approuvée dans l'acte de cession et par suite était nulle et de nul effet.

Il résulte des mêmes principes, que tout engagement susceptible de modifier les conventions primitives et qui n'aurait pas été régulièrement accepté par l'autorité concédante ne peut être imposé au cessionnaire. C'est ainsi qu'un concessionnaire du service public de l'éclairage dans une ville, qui assure, en dehors de toute obligation, le paiement des dépenses de nettoyage des lanternes et les appointements des allumeurs, ne peut transmettre cet engagement avec sa concession, si cet engagement n'a pas été régulièrement accepté (2).

(1) Cass. Req., 22 octobre 1919, D. P. 1924.1.68. Société des Houillères de Montrambert et de la Béraudière et Société des Mines de la Loire, solution postérieurement consacrée : Cass. Civ., 26 octobre 1919, D. P. 1911.1.295. mêmes parties.

(2) Cons. d'Etat, 28 janvier 1910, Commune de Sainte-Maxime-sur-Mer, Rec., p. 70.

Mais que décider dans l'hypothèse où le cahier des charges et le traité de cession ne précisent pas la nature des obligations de leur titulaire ? Il peut arriver qu'un cahier des charges pose pour le concessionnaire l'obligation d'établir les ouvrages nécessaires à la distribution de l'énergie électrique. En cas de substitution, si le nouveau cahier des charges n'indique pas d'une façon précise les travaux à exécuter, quelles seront à cet égard les obligations du nouveau titulaire qui assure l'exploitation du service ? Le cahier des charges a entendu laisser aux parties le soin de définir le contenu du principe qu'il pose. Au cas de cession de l'exploitation, les obligations du nouveau titulaire ne devront pas être considérées comme plus étendues que celles du titulaire primitif (1). Les difficultés qui naîtront de leur détermination seront portées en premier ressort devant le Conseil de Préfecture, compétent puisqu'il s'agit d'ouvrages publics (art. 4, Loi du 28 pluviôse an VIII) et en appel devant le Conseil d'État.

* * *

Une dernière remarque doit être faite. L'approbation du traité de cession ne libère pas le cédant des charges dont il est resté débiteur pendant la période d'exploitation. La cession de la concession n'empêche pas l'autorité concédante de réclamer au concessionnaire primitif l'exécution des clauses de son cahier des charges pour la période antérieure à la cession. Elle peut valablement demander au juge du contrat le paiement des

(1) Cons. d'Etat, 24 juin 1932, Ville d'Amiens, *Revue des Concessions*, 1933, p. 74.

redevances arriérées stipulées pour l'occupation du domaine public communal et calculées sur les ventes d'énergie électrique, ainsi que l'exécution des clauses pénales sanctionnant les obligations contractuelles (1).

* * *

Nous avons précisé le fondement du principe de l'approbation de la cession, ses modalités, ses conséquences. Nous avons vu comment un cessionnaire pouvait valablement se substituer au concessionnaire primitif et comment la situation nouvelle en ce qui concerne la personne du titulaire du contrat, restait régie par les règles du traité de concession.

Mais si les formalités présentées par les textes n'ont pas été appliquées, non plus que les sanctions dont elles sont entourées, la cession irrégulière au point de vue juridique, peut conserver une existence de fait. Le cessionnaire sans titre régulier, inexistant aux yeux de l'administration, assure cependant le fonctionnement d'un service, l'exécution d'un ouvrage public. La situation qu'il occupe le met nécessairement en rapports avec la collectivité pour laquelle il travaille et peut-être même avec l'autorité publique qui consent, soit par ignorance, soit par opportunisme, à traiter avec lui. Ces rapports trouvent-ils un fondement juridique et quel est-il ? Engendrent-ils de part et d'autre des obligations et comment sont-elles sanctionnées ? Telle est la nouvelle série de problèmes qu'il faut maintenant aborder. Au cours des pages suivantes, se dégagera

(1) Cons. d'Etat, 4 novembre 1927, Ville d'Elboeuf, Rec., p. 1015.

un autre intérêt que celui de la connaissance formelle de certaines règles légales ou jurisprudentielles.

Des effets de droit peuvent naître de situations irrégulières en la forme, à raison de l'utilité sociale ou de l'équité. — Le résultat est dû à la jurisprudence administrative qui s'est montrée en cette matière particulièrement adaptée aux nécessités pratiques.

APPENDICE

REMARQUES SUR LE RÉGIME FISCAL DES CESSIONS

Le régime fiscal applicable à la cession dépend évidemment de la nature de ce droit. Or quelle que soit la catégorie de concessions à laquelle elle se rapporte, la cession ne transfère aucun droit de propriété ou de jouissance, mais simplement les charges et les bénéfices de l'exploitation. Elle est par conséquent *un droit purement mobilier*. Si la concession comprend la construction d'un ouvrage public, il n'y a pas lieu de distinguer si la cession a lieu avant ou après la construction de l'ouvrage : dans les deux hypothèses la nature du contrat ne change pas, c'est toujours une cession de marché consistant soit dans l'obligation de construire et d'exploiter, soit dans l'obligation d'exploiter seulement, et dont le prix est représenté par les bénéfices résultant de la perception de certaines taxes et par les autres avantages stipulés dans la cession. La question a été jugée avec beaucoup de netteté, pour les chemins de fer, par un arrêt déjà ancien de la Cour de Cassation (1)

« Attendu qu'aux termes de l'article 1 de la loi du 15 juillet 1845 les chemins de fer construits ou concédés par l'État font partie de la grande voirie, qu'ils sont

(1) Cass. Civ., 15 mai 1861, Mancel, S. 1861.1.888.

à ce titre une dépendance du domaine public et ne sauraient dès lors appartenir aux compagnies qui n'en ont que l'exploitation ; que le droit de propriété de l'État sur les chemins construits par lui et à ses frais n'a jamais été mis en doute ; que la loi place, avec raison, sur la même ligne, les chemins de fer construits par les compagnies concessionnaires ; que les compagnies en se chargeant de les créer, ne font que se charger d'une entreprise de travaux publics exécutés par les ordres, sur les plans, sous la direction et pour le compte de l'État, qui les reçoit après achèvement, et indemnise les compagnies, en leur concédant pendant une période de temps déterminée, la perception privilégiée sur le chemin de fer de tous les péages ou prix de transport des voyageurs ou marchandises d'après les tarifs arrêtés à l'avance entre les parties contractantes ; qu'ainsi dans les deux cas assimilés l'un à l'autre par la loi, le droit des compagnies, limité aux produits des chemins de fer, distinct de la propriété de ce chemin immédiatement acquise à l'État, ne participe en rien de la nature immobilière de cette propriété ; que de l'attribution des chemins de fer au domaine public, il résulte encore que la jouissance des compagnies, quelle qu'en soit l'importance et la durée, n'a jamais les caractères d'un usufruit, d'un emphytéose ou de tout autre droit emportant un démembrement de la propriété ; qu'ainsi les droits des compagnies sur les chemins de fer sont purement mobiliers. »

Il résulte de cette analyse que les droits des concessionnaires étant purement mobiliers, leur transmission devra être enregistrée comme une cession d'objets mobiliers. Cette opération est visée par l'ar-

article 69, § 5, n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII. Son taux primitivement fixé à 2 % a été porté à 6,60 % calculé sur le prix augmenté des charges.

Le droit sera donc normalement perçu sur le prix des cessions de concessions, à moins de dispositions spéciales. De telles dispositions existent, en effet, relativement aux concessions d'énergie hydraulique. La loi du 11 juillet 1928 est venue réduire les droits d'enregistrement applicables aux conventions, cahiers des charges et contrats concernant les forces hydrauliques, dans le but de favoriser leur mise en œuvre (1). Elle les soumet au droit fixe de 22,50. Il en est de même des actes et cahiers des charges relatifs aux concessions de lignes de transport d'énergie électrique ne comportant que des tarifs de péage. Elle ajoute (art. 3) que toute substitution ou cession portant sur l'une des concessions visées est enregistrée au droit fixe de 22,50.

Si la cession était faite sous forme d'apport social, elle donnerait ouverture lors de l'enregistrement de l'acte de société au droit d'enregistrement dont elle est passible et cela même si la société cessionnaire n'avait pas été autorisée par le gouvernement (2).

Tels étant déterminés les principes généraux du régime fiscal applicable à l'opération proprement dite de la transmission des concessions, on peut encore se demander si le prix de cession constitue pour son bénéficiaire, le cédant, un revenu susceptible d'être taxé à la cédule de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et éventuellement à celle de l'impôt général. Rien, aux

(1) Cf. *Journal Officiel*, Chambre des députés, Documents, n° 464 : rapport de M. Chappedelaine du 4 juillet 1928.

(2) Cass., 15 mai 1861, précité.

termes de la loi du 31 juillet 1917, ne permet d'affirmer que le prix d'une cession constitue un revenu. Il s'agit plutôt d'un remboursement en capital, quelles qu'en puissent être les modalités. C'est ainsi que la stipulation d'un paiement par annuités ne serait pas susceptible d'en modifier le caractère et ne saurait suffire à le faire considérer comme un profit périodique à caractère de revenu imposable.

Tel est, du moins, ce qui a été décidé par la jurisprudence pour le prix de rachat d'une concession de tramways (1). Il nous paraît que la même solution pourrait logiquement s'étendre au prix de cession. Mais si la transmission de la concession était pour le concessionnaire un moyen déguisé de poursuivre l'exploitation, l'imposition serait concevable, car le juge fiscal doit rechercher derrière la qualification d'un acte la réalité des faits (2), et qu'ensuite les produits de l'exploitation d'une concession constituent bien des revenus taxables.

(1) Cons. d'Etat, 13 mars 1931, S. 1932.3.33 avec une note de M. C. V.

(2) Cons. d'Etat, 16 décembre 1921, Rec., p. 1074, pour une location déguisée d'établissement industriel.

DEUXIÈME PARTIE

De la Cession des Concessions non approuvée

CHAPITRE PREMIER

LE CESSIONNAIRE AU REGARD DU PUBLIC

- § 1. — ANALOGIE DES SITUATIONS DU CESSIONNAIRE
ET DU FONCTIONNAIRE DE FAIT.
- § 2. — SITUATION DU FONCTIONNAIRE DE FAIT A
L'ÉGARD DU PUBLIC.
- § 3. — SITUATION DU CESSIONNAIRE A L'ÉGARD DU
PUBLIC.

§ 1. — Si les règles posées par l'autorité compétente pour la désignation des titulaires d'une fonction ou d'un service publics sont transgressées, la fonction ou le service ne requièrent-ils pas, en raison de leur caractère de continuité, la validité des actes accomplis par ces titulaires ? En d'autres termes, l'inaccomplissement des formes par lesquelles un individu est investi d'une fonction ou d'un service entraîne-t-il l'inexistence

juridique des actes résultant des rapports de fait qu'il entretient avec le public ?

L'exercice, en apparence régulier de la fonction ou du service, constitue-t-il une sorte de possession d'état en faveur de celui qui se présente aux yeux de tous comme normalement investi ? Et les administrés doivent-ils s'incliner devant un état de fait qui s'entoure d'apparences respectables et « plausibles » et qui répond en outre à une idée de continuité dans le service... ou bien invoquant la réalité, c'est-à-dire le vice de l'investiture, vont-ils refuser leur concours ? Ce problème pose l'alternative suivante : ou les formes d'investiture seront respectées, mais alors les administrés pour veiller à l'observation de ce principe, auront le droit de s'ingérer dans les services pour s'assurer que les agents sont régulièrement investis, et les services souffriront de cette ingérence ; ou on s'en tiendra aux apparences et le service fonctionnera par le fait de collaborations dont l'origine pourra se trouver viciée.

Entre des principes aussi irréductibles, une conciliation ne paraît pas possible. Développons donc ces principes afin d'en éclairer le choix.

Tous ceux qui exercent une fonction publique, qui assument la charge du fonctionnement d'un service accomplissent des actes juridiques parce qu'ils sont investis d'un pouvoir légal. Là où il n'y a pas pouvoir légal, il ne saurait y avoir acte juridique. Quelle est la source de ce pouvoir légal ? S'agit-il du fonctionnaire ? Il est agrégé au service public à la suite d'une procédure qui comprend le plus souvent un concours, mode normal de recrutement de la fonction publique en France. S'il a satisfait à cette épreuve, il n'est investi

qu'après une nomination officielle et publique, matérialisée par une installation ou une prestation de serment et quelquefois l'une et l'autre opération. S'agit-il du concessionnaire ? Il est choisi à la suite d'opérations qui, pour si différentes qu'elles soient des précédentes, s'en rapprochent par le caractère de publicité que revêt l'acte de concession. Cette désignation officielle donne au nouveau titulaire un pouvoir légal à l'égard des usagers. — Toutes ces formalités n'ont pas été prescrites sans objet. Il est bon d'entourer la fonction publique d'un certain nombre de retranchements qui la mettent à l'abri des indiscretions ou des témérités. L'exercice du pouvoir administratif avec les prérogatives qu'il comporte ne saurait être laissé à la discrétion de tous. Les audaces doivent être prévenues, quelque bien intentionnées qu'elles puissent être. C'est à quoi tendent les formes, en droit public, et leur inobservation est sanctionnée par la nullité absolue, ne pouvant jamais être couverte, susceptible d'être invoquée par tous. L'exercice de ces formes légales est prescrit dans un intérêt général, comme une garantie de bonne administration, à laquelle on n'est pas libre de déroger. Dès lors tout ce qui se manifeste selon ces formes emporte pour la collectivité la présomption d'un pouvoir de droit. Ainsi le veulent les principes juridiques autant que la sagesse politique. Par suite, les actes accomplis par des individus irrégulièrement investis ne peuvent être que nuls : ils ne sauraient avoir d'existence légale au regard de personne.

En sens opposé, ne peut-on pas invoquer qu'il est de l'intérêt des tiers, de tenir pour réguliers des actes dont ils ont pu raisonnablement croire qu'ils émanaient

d'autorités légalement investies. Les agents qui les ont pris, se sont présentés à eux sous de telles apparences de régularité et de légalité qu'ils ont pu en toute bonne foi ajouter créance à leurs actes. Bien plus, d'un autre point de vue, le public ne peut pas, en présence d'un délégué de l'autorité publique, fonctionnaire ou agent préposé au fonctionnement d'un service, exiger la justification de son titre. Ce serait entraver la marche continue et régulière des services publics que de permettre aux administrés de vérifier l'investiture de ceux qui se présentent à eux avec des prérogatives de droit public. Il faut qu'ils s'en tiennent aux apparences plausibles. Celui qui se présente avec les « signes extérieurs » de la fonction, de l'emploi, de la collaboration à une œuvre d'intérêt général doit être tenu pour régulièrement investi.

Si nous avons associé dans ces développements le fonctionnaire et le concessionnaire, supposés l'un et l'autre sans titre régulier, c'est que l'analogie des deux cas comporte ce rapprochement (1). En effet, un agent public et un concessionnaire, dont les nominations sont ou inexistantes ou illégales, mais qui entretiennent des rapports avec les administrés ou les usagers présentent des situations d'ingérence dans la vie administrative.

Leurs titres étant viciés dans leur origine de la même façon, on peut se demander quelle sera la validité des

(1) M. JÈZE a souligné tout ce que la situation du concessionnaire, par son caractère légal et réglementaire, comportait de traits communs avec celle de l'agent public proprement dit. Voir, *Principes généraux du Droit Administratif*, 2^e éd., t. I, p. 430.

actes qu'ils accompliront. Au surplus, dans l'un et l'autre cas, le problème soulevé ne comporte pas de solution légale. Seulement, pour les « fonctionnaires de fait », il existe une jurisprudence et les études de M. le Professeur Jèze (1) ont considérablement débarrassé le terrain. De sorte qu'on peut se demander si les principes de solution admis pour cette catégorie ne peuvent pas, par voie d'analogie, s'étendre aux « concessionnaires de fait ». Mais cette transposition, pour si logique qu'elle puisse paraître, n'a pas été consacrée par la jurisprudence relativement aux rapports du concessionnaire et du public. Celle-ci n'a pas été appelée, croyons-nous, à se prononcer. Il convient donc de ne tirer qu'un parti très mesuré de ce rapprochement. On rappellera les traits principaux de la situation du fonctionnaire de fait à l'égard du public, pour en déduire quelques indications en ce qui concerne le concessionnaire.

* * *

§ 2. — Et d'abord, que faut-il entendre par l'expression « fonctionnaire de fait » ?

Selon M. Jèze, est fonctionnaire de fait celui qui, dans certaines conditions de fait, occupe la fonction, exerce la compétence, accomplit l'acte, à la suite d'une « investiture irrégulière ». C'est l'irrégularité de l'investi-

(1) G. JÈZE, *Principes généraux du Droit Administratif*, 3^e éd., t. II, p. 285 et ss. et aussi : LEDOUX, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, Revue générale d'Administration 1912, II, p. 397 et ss., III, p. 22 et ss., et ROUSSEAU, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, Thèse, Lille, 1914.

titure qui le distingue, d'une part du fonctionnaire de droit dont le titre est absolument normal, d'autre part de l'usurpateur, qui se présente sans aucune investiture, même irrégulière.

Le critérium du fonctionnaire de fait, ce sera la plausibilité de l'investiture. Il s'agit d'apprécier, dans chaque cas particulier, les circonstances dans lesquelles un individu a occupé un emploi, la durée d'exercice de la fonction, son caractère paisible et public, la considération dont il a pu jouir aux yeux de tous. C'est, si l'on veut, la démonstration de la preuve de fonctionnaire par la commune renommée. Pratiquement quels seront ceux auxquels pourra s'attacher cette qualification nouvelle ? Les textes, la jurisprudence surtout, en présentent quelques exemples.

L'acte de nomination peut avoir été irrégulier dans son origine. C'est le cas des agents électifs dont l'élection est contestée, puis annulée à la suite d'un recours contentieux. Or, il s'écoule entre les deux opérations un intervalle de temps, souvent assez long, pendant lequel l'individu se présente comme le titulaire légal de la fonction. En effet, la loi du 15-27 mars 1791 est venue décider que « l'exercice provisoire demeure à ceux dont l'élection se trouvera attaquée ». Par suite, les actes accomplis par les conseillers municipaux dont la désignation est attaquée restent valables. En décider autrement serait favoriser un contentieux électoral dans des préoccupations politiques. Le bon fonctionnement du régime représentatif, à tous les degrés, requiert la validité des actes accomplis par ceux qui sont proclamés élus.

L'acte de nomination est encore irrégulier dans son

origine pour ceux qui sont investis à la suite d'une délégation irrégulière. Cette situation évoque la célèbre affaire des mariages de Montrouge. Le maire de cette commune avait délégué à un de ses conseillers municipaux les fonctions d'officier de l'état civil, sans suivre l'ordre du tableau. Ce dernier avait célébré un certain nombre de mariages lorsque le Tribunal de la Seine en prononça la nullité, comme conséquence de la violation par le Maire des règles de la délégation (1). La Cour de Cassation (2), désireuse d'apaiser l'émotion que cette décision avait provoquée, cassa le jugement, motif pris de ce qu'aucune disposition législative n'avait attaché aux prescriptions concernant la délégation la sanction de la nullité. Une irrégularité dans la délégation ne pouvait donc enlever aux membres de la Municipalité la capacité nécessaire pour remplir les fonctions d'officier de l'état civil et entraîner la nullité des actes auxquels ils avaient concouru. L'argumentation employée par la Cour de Cassation était extrêmement douteuse : en droit public, les nullités n'ont pas besoin d'être formellement prononcées par une loi ; la nullité des actes administratifs accomplis par un délégué irrégulièrement désigné est de plein droit. Mais pratiquement la solution de la Cour s'imposait. On ne pouvait exiger des tiers, des futurs époux, qu'ils vérifient, le jour de leur mariage si l'officier de l'état civil qui se présentait à eux, était régulièrement investi, si le Conseiller Municipal avait été bien pris dans l'ordre du tableau. Il avait les apparences de la fonction régu-

(1) Trib. Civ., Seine, 23 février 1883, Min. Public, D. P. 1883.2.49.

(2) Cass. Civ., 7 août 1883, Procureur Général D. P. 1884.1.5.

lièrement exercée : son investiture était plausible aux yeux du public.

Fonctionnaires de fait, sont aussi ceux qui, à la suite d'une annulation de leur désignation, ignorent cette dernière décision parce qu'elle ne leur a pas été notifiée. Ils continuent à exercer leur emploi, comme si rien ne s'était passé. Remarquons que, dans ce cas, la possession d'état de fonctionnaire régulier n'existe qu'à l'égard des administrés et non à l'égard de l'administration. Que l'administration défende à un de ses agents d'accomplir telle série d'actes, par une révocation, une mise en congé ou en disponibilité, et dans ses rapports avec elle l'agent ne pourra accomplir aucun acte valable. Mais au regard du public la situation nouvelle qui dessaisit l'agent de sa fonction, de façon irrévocable ou momentanée, doit être connue. Les administrés devront en être informés par une publicité. Faute de quoi, l'agent continuera à avoir la possession d'état de son titre, comme si aucune mesure n'avait été prise à son égard. Il faut donc que l'administration qui dessaisit un fonctionnaire des pouvoirs qu'elle lui a conférés ne lui laisse pas « la possibilité matérielle de faire croire à son maintien dans l'emploi ». Cela se produirait si l'agent continuait à habiter un bâtiment affecté à un service public, s'il paraissait dans son bureau habituel, muni des pièces et des documents relatifs à l'exercice de sa fonction. Tel le comptable qui, révoqué ou suspendu, demeure en possession de ses registres, s'en sert pour percevoir des deniers du public. Tous ces éléments seraient constitutifs d'une investiture plausible au regard des administrés.

Enfin, des fonctionnaires de fait peuvent exister en

dehors de toute intervention de l'autorité administrative. Cette catégorie a relativement à notre sujet quelque intérêt, puisque l'existence des cessionnaires de concessions ne dépend pas d'une manifestation de volonté de l'autorité administrative.

Des individus peuvent s'ingérer dans le fonctionnement des services publics, sans que l'administration les connaisse, soit qu'elle les ignore complètement, soit qu'elle agisse par simple tolérance. Leur ingérence peut très bien s'exercer dans un intérêt général, soit en période de calme, soit en période de troubles politiques ou sociaux. Il s'agit, par exemple, d'individus qui, pour parer à la désorganisation des services municipaux consécutive à la guerre ou à l'invasion, assurent dans une commune l'état civil, en l'absence de l'agent attitré. La validité de leurs actes n'est pas douteuse, mais elle paraît résulter plutôt de l'état de nécessité que d'une investiture plausible. Peut-être même, selon les circonstances, ces idées se combinent-elles et l'accomplissement des mêmes actes par un même individu, avec leur répétition, finit-il par créer en sa faveur la possession d'état du titulaire régulier. En temps normal, des actes constitutifs de la fonction publique peuvent être accomplis, en dehors de toute intervention administrative. C'est le maniement des deniers publics, par exemple. Les paiements effectués par les débiteurs du Trésor, entre les mains d'agents non investis, sont reconnus libératoires, toutes les fois que les redevables ont pu raisonnablement croire ces individus capables de les recevoir (1). Mais il faut que le paiement ait

(1) Conflits, 15 décembre 1888, Moreau, Rec., p. 986 : relatif à la validité d'un paiement fait à la femme du percepteur.

été effectué dans des circonstances normales, ne laissant aucun doute sur la bonne foi de la partie versante. Il n'est le plus souvent pas possible pour le débiteur de l'État de connaître l'incompétence de l'individu devant lequel il réalise son dû. Au reste « les redevables ne sont pas chargés en principe de vérifier la qualité du prétendu fonctionnaire, qui, muni des titres et registres habituels, exerce publiquement au siège normal de la caisse, ou qui encore a exercé, quoique privé par exemple, par une révocation ou suspension, de tout titre légal. Il incombe à l'administration, si elle veut pouvoir opposer efficacement aux parties versantes le défaut de qualité du receveur, d'entourer les cessations de service, comme les installations elles-mêmes d'une solennité ou tout au moins d'une publicité suffisante » (1).

Qu'il s'agisse d'individus dont le titre a été originellement vicié ou d'individus qui, sans titre, exercent les attributs de la fonction, les auteurs comme la jurisprudence s'accordent à reconnaître la validité de leurs actes, si le caractère plausible de leur investiture ressort nettement aux yeux du public. Il y a là un élément d'appréciation des faits qui incombe au juge. Seul, il pourra dire si l'apparence de régularité a pu s'attacher à certaines situations et, par suite, si elle comporte, comme conséquence, des effets de droit. Les principes des rapports entre les fonctionnaires de fait et le public étant ainsi précisés, on peut se demander ce qu'il advient de ceux existant entre ces fonctionnaires et l'administration. M. Jèze est catégorique : en règle générale, une situation irrégulière ne peut être invoquée pour

(1) MARQUÈS DE BRAGA et LYON, *Comptabilité de fait* (Béquet), p. 88, n° 205.

obtenir un avantage personnel de quelque ordre qu'il soit. Les règles de la comptabilité publique exigent que nul paiement ne soit effectué qu'au véritable créancier ; or un créancier dont le titre est irrégulier (ou qui est sans titre) ne saurait être un véritable créancier. D'un autre point de vue, on fait observer que c'est dans l'intérêt du public que les actes des fonctionnaires de fait sont déclarés valables, et aussi dans l'intérêt de la bonne marche continue des services. Mais celle-ci ne requiert nullement de favoriser d'avantages patrimoniaux ceux qui se sont ingérés dans la vie administrative. Bien au contraire, la prudence et la sagesse veulent que de telles ingérences soient pécuniairement découragées.

Cependant, M. Jèze reconnaît que tout patrimoine, qu'il soit privé ou qu'il soit administratif, ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. Il y a là un principe d'équité d'une portée absolument générale. Aussi, le fonctionnaire de fait pourra exercer l'action de *in rem verso*, c'est-à-dire récupérer jusqu'à concurrence de l'enrichissement procuré à la collectivité, mais sans pouvoir obtenir plus que cet enrichissement. Dès lors, dit-on, il n'y aura pas à craindre que l'action récursoire de *in rem verso* encourage les tiers à intervenir dans le fonctionnement des services. La difficulté de la preuve à faire de l'enrichissement procuré, le fait que le remboursement ne peut dépasser cet enrichissement, enfin, le pouvoir de l'administration de ne payer qu'à son heure les sommes auxquelles le patrimoine administratif aura été condamné, constituent des difficultés suffisantes pour décourager toutes les imprudences, toutes les témérités.

* * *

§ 3. — On a brièvement résumé les principes que les auteurs ont dégagé de la jurisprudence relative à la fonction de fait. Ils constituent une donnée utile pour la détermination des rapports du cessionnaire de concessions avec le public. Il s'agit, en effet, de rapports qui se situent sur des plans équivalents. Nous avons vu que les éléments de la fonction publique peuvent se trouver exister en fait, en dehors de toute intervention de l'administration. De même, la cession de concession, non approuvée par celle-ci, n'empêche pas dans la réalité le fonctionnement du service. Or, cette exécution comporte vis-à-vis du public certains rapports. Le cessionnaire fournit les prestations auxquelles son ayant droit était tenu, il perçoit à sa place les taxes le rémunérant de ses services aux usagers. Or, c'est dans l'exercice de ces rapports que se réalise l'acquisition de l'investiture plausible. L'usager qui s'acquitte tous les mois du prix de sa consommation d'électricité, entre les mains de l'employé coiffé d'une casquette, doit être tenu pour valablement libéré. On ne peut exiger de lui qu'il requière de cet agent ou de celui pour le compte duquel il agit, un titre régulier d'investiture. Pas plus que le contribuable qui se libère dans le bureau du percepteur n'a à se préoccuper de savoir si ce dernier est le véritable titulaire. Il faut se fier aux apparences. *Error communis facit jus.*

Les contrats conclus avec les usagers par le cessionnaire qui se présente comme normalement et régulièrement investi, doivent être tenus pour valables.

Il en serait autrement si des doutes pouvaient subsister sur la nature de cette investiture. L'administration peut avoir elle-même pris des précautions pour éviter que le public se fie aux signes extérieurs de la fonction. Elle peut avoir publiquement déclaré sa volonté de s'opposer à une cession, qu'elle juge dangereuse pour l'intérêt public. Si elle a pris toutes les mesures désirables pour éviter dans l'esprit des usagers une confusion possible entre le nouvel exécutant et l'ancien, il faut admettre que l'investiture ne pourra revêtir son caractère de plausibilité. Dès lors, on ne se trouvera plus en face d'un cessionnaire, mais d'un usurpateur, d'un individu qui se maintient au service malgré la volonté déclarée de l'administration. Les contrats passés par lui avec le public ne pourront être tenus pour valables. Il y a là une question d'appréciation assez délicate pour le juge, dont il est difficile de préciser davantage la portée, en l'absence de toute jurisprudence. Le juge compétent est le juge civil qui connaît normalement de toutes les difficultés pouvant s'élever entre les usagers et les concessionnaires de services publics, sauf interprétation par l'autorité administrative du sens du traité, si l'une de ses clauses est contestée. Sous la même réserve, le juge civil sera compétent pour statuer sur les différends pouvant s'élever entre le cessionnaire et les entrepreneurs avec qui il aura passé des marchés (1).

Dans ses rapports avec l'administration, la situation du fonctionnaire de fait peut-elle être une indication pour résoudre celle du cessionnaire ? Celui-ci peut-il

(1) Cass. Civ., 6 décembre 1926, D. H. 1927, p. 18.

tirer de l'exercice régulier du service un avantage pécuniaire et quelle en peut être la forme ?

Cette question sera étudiée dans le chapitre suivant. Mais d'ores et déjà, il faut noter que la notion d'enrichissement sans cause comme base juridique possible des rapports du cessionnaire avec la personne publique sera retrouvée ultérieurement. La jurisprudence nous permettra de dire si cette notion doit et peut être appliquée dans son contenu civiliste ou si seulement elle ne doit pas être utilisée dans le principe d'équité qu'elle pose, le juge administratif se réservant le droit d'en déterminer la mesure, selon les circonstances de fait sur lesquelles il a à se prononcer.

CHAPITRE II

LE CESSIONNAIRE AU REGARD DE L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

§ I. — ABSENCE DE LIEN CONTRACTUEL

Il n'y a entre le cessionnaire et l'autorité qui a concédé le service aucune espèce de lien contractuel. Cette absence de lien contractuel découle de l'absence même d'approbation de la cession. Cette conséquence a été nettement marquée dans un arrêt du Conseil d'État, Secteur Électrique de la vallée d'Auge (1) !

« Cons., qu'aucune clause des conventions relatives à l'exploitation provisoire du service de distribution de l'énergie électrique de la commune d'Orbec, ne conférerait au sieur Louvet le droit de céder à un tiers le bénéfice desdites conventions ; qu'une telle cession ne pouvait, dès lors, être valable qu'à la condition d'être autorisée par délibération du Conseil Municipal et approuvée comme les conventions elles-mêmes par le Préfet.

Cons., que le Conseil Municipal d'Orbec *n'a pas donné son consentement à la cession* faite par le sieur Louvet à la Société le Secteur Électrique de la Vallée

(1) Cons. d'Etat, 9 juillet 1924, *Revue Gén. d'Electricité*, 1924, p. 447.

d'Auge ; qu'il a ainsi exercé le droit qui lui appartenait ; que, par suite, c'est avec raison que le Conseil de Préfecture a, par l'arrêté attaqué, décidé *qu'aucun lien contractuel n'existait* entre la commune d'Orbec et la Société requérante. »

Le lien contractuel ne peut donc exister que comme conséquence de l'approbation. Et cette approbation, avons-nous vu (Première Partie, Chapitre II, paragraphe 5), doit être expresse. Elle ne pourrait résulter de l'exercice de fait, par le cessionnaire, du service public dont il a été chargé par son auteur. Cette exécution ne saurait lui conférer le droit de prétendre à la qualité de concessionnaire du service (1).

D'autre part, la connaissance par l'administration de la réalisation de la cession ne pourrait équivaloir à une acceptation tacite, créatrice d'un lien contractuel. Mais nous avons vu que si le concédant entrait en rapports avec la société substituée, et si, sans lui donner expressément son agrément, il lui accordait des avantages tels que des subventions ou des relèvements de tarifs, cet ensemble de faits constituait une acquisition de la qualité de concessionnaire (2). Par voie de conséquence, le bien contractuel se trouvait créé.

Il appartient au juge administratif de dire si la conduite de l'autorité concédante à l'égard du cessionnaire peut être interprétée comme une approbation expresse de la substitution. Mais en l'absence de cette approbation, il faut admettre l'inexistence pure et simple du lien contractuel. A proprement parler, il n'y a pas de

(1) Cons. d'Etat, 30 mars 1927, Sieur Faraut, Rec., p. 410.

(2) Cons-d'Etat, 10 janvier 1930, Commune de Pointe-à-Pitre, *Revue des Conc.*, 1931, p. 77.

lien juridique, même incomplet, même imparfait entre concédant et cessionnaire.

Leurs relations, si elles existent en fait, n'ont aucune expression sur le plan juridique. Une situation semblable se retrouve en matière de marché de travaux publics entre le sous-traitant non agréé et l'administration. Il n'existe entre eux aucun lien de droit. La convention passée entre l'entrepreneur principal et un tiers, en dehors du contrôle de l'administration, lui reste étrangère; elle est *res inter alios acta*. Le sous-traité non autorisé est sans valeur juridique à son égard (1).

Nous insistons sur ce point parce qu'il permet de différencier deux situations qui ont souvent été confondues, à raison de leurs conséquences analogues, alors qu'elles sont distinctes par nature : celle du concessionnaire non approuvé et celle du cessionnaire non agréé. L'opération de l'approbation prend dans le premier cas le caractère d'un acte accompli par l'autorité de tutelle ; dans le second cas, l'approbation est d'abord un acte de contrôle exercé par l'autorité concédante, et éventuellement, s'il s'agit d'une concession communale, s'ajoutant à l'acte de contrôle un acte de l'autorité de tutelle validant le premier.

En d'autres termes, qu'il s'agisse de concession ou qu'il s'agisse de cession, l'approbation ne joue pas de la même façon. On verra quelle est la portée pratique de cette distinction.

Comparaison entre la non-approbation de la concession et la non-approbation de la cession.

Au regard de la nature du titre du concessionnaire

(1) Voyez, MONTMERLE, *Situation juridique de l'entrepreneur de Travaux publics*, p. 100.

ou du cessionnaire non approuvés, nous pourrions formuler les propositions suivantes :

La concession non-approuvée est une opération de droit public incomplète, à laquelle l'approbation donnera vraiment sa perfection juridique. Elle prend ainsi le sens d'une formalité qui parachève un acte, en lui ajoutant un élément formel qui lui est extérieur. On peut dire qu'entre le concessionnaire et le concédant, il y a *presque* un contrat.

Tout au contraire, la cession non approuvée est une opération de droit privé, une simple transmission, *inter partes*, étrangère à l'administration et pouvant être ignorée d'elle. Mais l'approbation validera cette opération à son égard et créant un lien contractuel avec le nouveau titulaire transformera une situation d'ingérence administrative en une situation de collaboration. Le cessionnaire exploitait le service en vertu d'un contrat de droit privé. Il exploitera maintenant en vertu d'un contrat de droit public. Par rapport à la personne publique concédante, son activité aura changé de plan. Du néant juridique, on passe, sans transition, du fait de l'approbation, dans la zone contractuelle. Tout se passe donc comme si cette formalité emportait octroi d'une concession nouvelle. Elle ne revêt donc pas ici le caractère d'un élément formel qui parachève un acte, (il n'y a pas d'acte) mais elle crée une situation de droit. Elle n'a donc pas la même portée dans un cas que dans l'autre. Et si on a pu assimiler deux situations de nature distincte, c'est sans doute parce que l'idée d'approbation éveille inmanquablement l'idée de tutelle. Or ces deux idées doivent être dissociées. L'approbation d'une concession, c'est une question de tutelle ; celle d'une

cession, c'est d'abord, au préalable, une question de contrôle. Ces deux notions ne se recouvrent pas. L'assimilation provient ensuite de l'analogie des conséquences de la situation du « concessionnaire de fait » et du cessionnaire, si l'un et l'autre exploitent le service, comme s'ils avaient un titre régulier. Sous l'empire de nécessités du même ordre, on a pu leur donner un fondement juridique commun, le quasi-contrat. Mais nous tenons à marquer que cette notion a dû être singulièrement élargie pour être adaptée au cas de la cession. Si le concessionnaire à qui manque l'assentiment de l'autorité supérieure, mais qui a obtenu la confiance de l'autorité concédante, se trouve dans une situation voisine du contrat, le cessionnaire qui est ignoré de l'administration, bien qu'il se comporte comme régulièrement investi, se trouve dans une situation qui n'a rien de contractuel. Étendre dès lors à ce dernier la notion de quasi-contrat, c'est assouplir remarquablement un cadre qui, *à priori*, ne s'imposait peut-être pas. C'est pour mieux mesurer la portée de cette extension que nous allons constamment nous mettre en présence de la situation du concessionnaire non approuvé.

Ayant ainsi marqué d'une façon générale, le point de départ et le point d'arrivée de nos explications, nous allons les reprendre, sous un autre aspect, l'aspect concret, pratique, tel qu'il peut se dégager de la jurisprudence.

* * *

Envisageons la situation du concessionnaire dont le titre n'a pas été approuvé. Les choses se passent prati-

quement de la manière suivante. Un contrat de concession a été passé par une commune avec une société en vue de la distribution de l'énergie électrique sur son territoire. Comme tous les traités communaux, ce contrat doit être soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle, du préfet en l'espèce.

La question se pose alors de savoir quelle est entre l'autorité concédante et la société qu'elle a choisie, la nature du lien qui les unit, en l'absence de l'approbation — temporaire ou définitive — de l'autorité de tutelle. Un traité a été conclu. Un particulier s'est offert à exécuter un service public sous des conditions déterminées. Il a été agréé, souvent après un choix entre plusieurs concurrents, par la personne publique pour le compte de laquelle s'effectue le service. Ses offres ont été acceptées, sans qu'il puisse s'en dégager. Dès lors, en l'absence de l'autorisation requise du Préfet, quelle sera la situation de ce concessionnaire non approuvé ? S'il effectue des travaux pour le compte de la ville avec ou sans l'assentiment de cette dernière, pourra-t-il en obtenir dédommagement alors que la collectivité communale y a trouvé un « profit » ? Quel sera le fondement de son action en indemnité et quelle en sera la mesure ? Autant de questions qui se posent, avec une analogie frappante, à l'égard du cessionnaire non approuvé. En réalité ces deux personnages sont des exécutants, des « exploitants ». Muni d'un titre imparfait ou dépourvu de tout titre, ils se trouvent dans la situation de créanciers de services rendus à des collectivités. C'est cette analogie dans les conséquences de leur activité qui a fait perdre de vue la distinction de nature de leurs titres.

Ces précisions étant données, il est utile d'examiner la situation du concessionnaire non approuvé (1), spécialement dans ses conséquences au regard de l'autorité concédante, parce que c'est d'elle que la jurisprudence est partie — implicitement au moins — pour définir la situation du cessionnaire. C'est une étape qu'il faut analyser, bien que d'un point de vue formel elle ne se rattache pas à notre étude, mais dont logiquement il semble qu'elle ne puisse être séparée.

Un contrat de concession a été passé entre une personne publique et un particulier. Le défaut d'approbation de ce contrat doit-il se résoudre en sa nullité ? Cette approbation étant un acte de l'autorité de tutelle, la question se trouve posée de savoir quelles sont les sanctions qui s'attachent à l'observation des règles de la tutelle administrative. Les solutions ont varié avec les idées qu'on a eu de cette technique juridique. A une époque qui n'est pas très ancienne on concevait la tutelle administrative comme une institution analogue à la tutelle du droit privé. Or, on sait qu'aux termes de l'article 1125 du Code Civil, les incapables du droit privé peuvent seuls invoquer, à l'égard des personnes avec lesquelles ils ont traité, le vice résultant de leur incapacité. Les incapables de droit public, les communes, mineurs du droit administratif, sont dans une situation semblable à celle des mineurs du droit privé. La sanction revêt un caractère de protection à l'égard du mineur ; édictée dans son intérêt exclusif pour le protéger des conséquences de sa faiblesse, elle ne pourra être invoquée

(1) Cf. note de M. A. PÉRY, sous Cons. Préf., Grenoble, 24 juin 1927, D. P. 1928.3.25.

que par lui. La nullité des actes passés par ce dernier sera simplement relative.

Ces solutions ont influencé la jurisprudence administrative, à une certaine époque. Dans une affaire Carlier (1) le Conseil d'État avait été saisi d'une demande en indemnité formée par un architecte. Celui-ci avait reçu la commande d'un projet de reconstruction d'un théâtre incendié. Le projet avait été approuvé par le Conseil Municipal non par l'autorité de tutelle. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Le Vavasseur de Précourt argumenta dans le sens l'application des principes civilistes de la tutelle au droit administratif : « Il est nécessaire, disait-il, que les architectes et les entrepreneurs sachent bien qu'ils traitent avec des *mineurs* et que les communes ne sont engagées, et que le contrat n'est définitif que lorsque le tuteur, c'est-à-dire l'autorité supérieure l'a approuvé » L'arrêt allouait cependant une indemnité à l'architecte, qui s'était déplacé et qui avait exécuté un projet car, « ceux qui ont fait des études sérieuses ne doivent pas être exposés à perdre tout le produit de leur travail. »

On peut donc en déduire que le défaut d'approbation d'un contrat n'entraîne pas forcément sa nullité. Le principe du dédommagement du titulaire d'un contrat « non définitif » n'est pas exclu. C'est dans ce sens que la jurisprudence va se développer sans cesse, sous l'empire de considérations d'équité, au moment même où les auteurs tentaient d'affranchir du droit privé les règles de la tutelle administrative afin de marquer leur caractère d'intérêt public et par voie de conséquence la

(1) Cons. d'Etat, 15 juillet 1887, Carlier et Voinot, Rec., p. 582.

nullité absolue qui s'attachait à leur inobservation. Ducrocq disait notamment (1) : la raison d'être des dispositions du Code Civil relatives à la minorité et à l'interdiction est l'incapacité naturelle des mineurs et des interdits à gérer leurs personnes ou leurs biens. Il en va autrement pour les personnes morales administratives. Ce n'est pas parce que les Conseils Municipaux manquent de lumière que certaines de leurs délibérations sont soumises à la nécessité de l'approbation. C'est parce qu'entre les intérêts généraux et les intérêts locaux, il existe un lien étroit faisant obstacle à la prédominance de l'intérêt local. Les règles de la tutelle administrative sont de droit public, inspirées par l'intérêt public : *la sanction ne peut être que la nullité complète des actes passés en opposition avec elles.*

De son côté la jurisprudence poursuivait sa marche. D'une façon générale, on peut dire qu'elle n'admettait pas que le manque d'approbation d'un contrat entraîne sa nullité. Quelques décisions sont assez caractéristiques à ce sujet. Un traité est intervenu entre une ville et un particulier à l'effet d'assurer à celui-ci, avec faculté de rétrocession, le privilège exclusif de la fourniture des eaux potables. Le particulier sans attendre que cette convention ait reçu l'approbation de l'autorité de tutelle cède ses droits à une société contre des avantages immédiats. Le Conseil d'État déclare que la commune a pu valablement traiter avec la société et lui attribuer le monopole de la distribution ; qu'aucune responsabilité ne saurait être relevée à son égard du moment qu'elle

(1) DUCROCQ, *Cours de Droit Administratif*, 7^e éd, t. I, p. 385.

n'a pas mis obstacle à l'approbation du traité passé avec le premier titulaire et qu'elle ne s'est rendu coupable envers lui d'aucun fait illicite ou préjudiciable (1). Un traité qui doit être approuvé par l'autorité supérieure et qui ne l'a pas été a le caractère d'un simple projet : sa non-approbation n'est pas sanctionnée par la nullité. L'expression de « simple projet » n'est pas très heureuse, elle met en doute un accord de volonté qui est certain. Elle n'a pas été reprise.

Dans une autre affaire (2) le Conseil d'État avait à statuer sur une demande en dommages-intérêts formée par un des héritiers du demandeur en concession pour l'exploitation d'un casino : « Cons. que le traité n'ayant jamais reçu l'approbation préfectorale, n'est pas devenu définitif et que les consorts de Fallois ne sont pas fondés à soutenir qu'en refusant d'y donner suite, la ville de Cannes a méconnu les obligations qui seraient résultées du traité ; cons. que si le traité n'a pas été mis à exécution, la raison doit en être recherchée dans le fait que les concessionnaires se sont refusés à y introduire les modifications auxquelles le Préfet subordonnait l'octroi de son approbation ; que dans ces conditions c'est par un fait étranger à la ville que le traité n'a pas été exécuté. »

Un autre arrêt (3) déclare que c'est *l'approbation*, seule, qui *donne à la concession son caractère définitif* ; et le fait par une commune de tenir pour valables le

(1) Cons. d'Etat, 7 mai 1909, Ville de Guérande, D. P. 1911. 3.29.

(2) Cons. d'Etat, 27 avril 1923, cons. de Fallois, Rec., p. 367.

(3) Cons. d'Etat, 29 novembre 1929, Chatelot et autres, Rec., p. 1049.

traité passé par elle ainsi que sa mise à exécution, ne saurait y suppléer. Or, il est à noter que dans cette espèce, les requérants, contribuables d'une commune, demandaient en cette qualité la *nullité* d'un contrat de concession intervenu entre la commune et un candidat concessionnaire, motif pris de ce que les règles de compétence pour l'approbation du traité avaient été violées. L'approbation avait été donnée par le Préfet alors que l'acte de concession, comportant des modifications au cahier des charges type rendait nécessaire l'intervention du Conseil d'État. Or, l'arrêt ne parle ni de la nullité, ni d'inexistence. Il déclare simplement *qu'en absence d'acte définitif* de concession, le candidat choisi par la ville ne possédait pas les droits qu'une concession de distribution d'énergie électrique assure à son bénéficiaire.

M. Pépy (2) après avoir rendu compte de cette jurisprudence concluait ainsi : « tant que l'approbation n'est pas intervenue il n'y a pas de contrat nul, il y a un contrat en germe, un contrat virtuel. » Et justifiant le concours des autorités nécessaires pour que le contrat devienne valable, il ajoutait :

« En confiant à un agent administratif, que ce soit un fonctionnaire déterminé ou une assemblée délibérante, le soin de prendre une décision et à un autre agent le soin d'approuver la décision prise, la loi opère un partage de compétences.

Seul l'agent auquel elle accorde le droit de décider peut régler au fond la question, et par exemple, s'il s'agit d'un contrat à passer, peut choisir la personne avec qui le contrat sera conclu, les clauses qui seront insérées

(2) PÉPY, *loc. cit.*

dans l'acte ; mais la décision prise ne devient définitive qu'après l'intervention de l'agent chargé d'approuver. Celui-ci a compétence uniquement pour donner ou refuser son approbation. Il ne peut pas toucher au fond de la décision prise, il ne peut pas statuer directement, tout au moins à la place de l'autorité administrative à qui la loi a confié le pouvoir de décider, mais son intervention est absolument nécessaire pour donner à la décision prise par celle-ci la pleine existence, la perfection juridique. La décision existe bien avant l'approbation et l'approbation ne saurait la modifier ; mais elle n'a pas acquis sa pleine vigueur, elle n'est pas exécutoire, elle ne le devient qu'après l'approbation. Il ne faut pas parler de nullité pour une décision non approuvée. La décision n'est nullement infectée, du seul fait que l'approbation n'est pas intervenue, d'un vice de nullité, elle existe, mais son existence est imparfaite et n'a pas le caractère définitif. Si l'approbation n'est pas donnée, la décision retombera au néant juridique ; si elle est approuvée, elle pourra recevoir son exécution, parce qu'elle aura acquis sa pleine perfection, parce qu'elle sera devenue parfaite et définitive. »

Après cette analyse, si l'on veut reporter à la situation du cessionnaire non approuvé, les différences entre la nature des deux titres apparaissent nettement. Dans un cas il y a contrat en germe, contrat virtuel, contrat non définitif. Des offres ont été acceptées qui doivent être maintenues pendant toute la durée de la procédure d'approbation : ou si l'on veut, le traité passé par la commune et le demandeur en concession est valable sous la condition résolutoire de l'approbation de l'autorité supérieure.

Dans l'autre cas, celui de substitution non approuvée, il n'y a pas de rapports juridiques entre l'administration et le cessionnaire. C'est entre eux le néant. Seulement, en fait, il y a une ingérence, un empiètement dans la vie administrative. L'opération de transmission n'est « apparemment » régulière qu'au regard du public.

En outre, l'agent qui a compétence pour approuver une concession ne peut pas toucher au fond du droit de la concession. L'autorité de tutelle a un pouvoir de refus ou d'approbation pur et simple sur les actes qui lui sont soumis. Elle ne saurait se substituer à celle qui a qualité pour fixer les obligations du traité. Cela découle du partage des compétences.

Mais en cas de cession, l'autorité compétente pour approuver peut fort bien subordonner son assentiment à des obligations nouvelles. Ayant le pouvoir de régler la matière de la concession qu'elle octroie, elle peut subordonner la cession aux nécessités que réclament les intérêts généraux dont elle a la garde. La cession se trouvant être une reprise de droits concédés et un transfert de ces droits à un titulaire nouveau peut s'accompagner de modifications à la situation primitive.

On ne peut donc comparer l'approbation des cessions et celle des concessions qu'en se plaçant au même degré de la procédure qu'elles comportent. L'approbation d'une concession est une opération de tutelle, mais elle ne l'est pour la cession qu'après que celle-ci a reçu l'agrément de l'autorité concédante (cas d'une concession communale, par exemple). Alors vraiment dans les deux cas, l'acte de l'autorité de tutelle valide un engagement qui n'était pas définitif, un contrat qui n'était qu'« imparfait ». Ce n'est que sous cette réserve que

l'analogie des deux sortes d'approbation pouvait être envisagée.

* * *

Poursuivons notre comparaison entre la non-approbation de la concession et celle de la cession, à un second point de vue, celui des conséquences de la nature du titre.

Un lien existe, avons-nous vu, entre le concessionnaire non approuvé et l'autorité concédante. Et c'est l'existence de ce lien contractuel imparfait, qui fait toute la différence de sa situation avec celle du cessionnaire.

De ce lien découle un certain nombre de conséquences. Or, c'est précisément du côté des conséquences que les deux situations que nous avons distinguées dans leur titre, vont se rapprocher. Cette analogie trouve son fondement dans ce fait que dans l'un et l'autre cas — cession ou concession non-approuvée — le service public est exploité dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un concessionnaire ou d'un cessionnaire réguliers. Et ce résultat crée, comme on l'a vu, la plausibilité du titre au regard du public.

Mais entre concessionnaire non autorisé et autorité concédante, quels rapports vont découler de l'analyse précédente ?

S'agit-il du concessionnaire ? il est engagé vis-à-vis de l'autorité concédante. Il a signé un traité par lequel il assurera sous des conditions déterminées l'exécution d'un travail ou le fonctionnement d'un service publics. Il ne lui est pas permis de se délier de cet engagement. Sans doute celui-ci ne peut-être réalisé par l'autorité

concedante, tant que la procédure d'approbation n'a pas abouti à son terme. Mais il a le caractère d'une offre, qui a été acceptée et qui ne pourrait être modifiée que de l'accord commun des parties. Le concessionnaire qui a souscrit dans ces conditions ne peut que maintenir son offre et se tenir prêt à l'exécuter. Après les explications précédentes, il est à peine besoin de souligner que le concessionnaire, lui, ne se trouve engagé d'aucune façon vis-à-vis de l'administration.

S'agit-il de l'autorité concedante ? Quelle sera sa situation à l'égard du concessionnaire qu'elle a choisi, mais dont le caractère n'est pas définitif ?

Elle ne peut pas se lier de façon irrévocable. Sa liberté d'action est limitée du côté de l'autorité de tutelle, mais elle ne l'est pas du côté du concessionnaire. Elle peut lui proposer une nouvelle discussion sur d'autres bases.

Si l'approbation est refusée, elle se trouve dégagée de toute obligation à l'égard de la personne avec laquelle elle avait traité.

Cependant le demandeur en concession peut avoir exposé des frais. Il a fait des études, il s'est livré à des recherches, il a dû obtenir des concours onéreux, il a peut-être passé des commandes pour se mettre en mesure d'exécuter...

N'aura-t-il pas droit, à raison de tous ces faits d'exécution à un dédommagement ? Et dans l'affirmative quelle en sera la mesure et le fondement ?

La jurisprudence administrative en a, selon les circonstances, reconnu la possibilité.

Nous n'insisterons pas sur le cas où l'autorité concedante s'est rendue coupable d'une faute, à l'égard du demandeur en concession, car le fondement de la répara-

tion est ici indépendant de la nature du lien existant entre ces deux personnes.

Notons simplement que le droit à réparation a pu être conçu d'une façon plus large avec le développement de la responsabilité des personnes publiques. Indemnisation a été reconnue pour la faute commise par une ville qui ne poursuit pas l'approbation de la concession auprès de l'autorité de tutelle (1). Le Conseil d'État avait d'abord refusé aux concessionnaires éventuels (2) tout droit à indemnité à raison de l'abandon du projet de concession passé avec la personne publique, mais en ayant soin de relever les circonstances dans lesquelles cet abandon s'était produit. De la sorte, il réservait la question de savoir si les concessionnaires éventuels seraient fondés à réclamer une indemnité dans l'hypothèse où l'autorité concédante agissant de mauvaise foi, aurait fait obstacle à la réalisation définitive du contrat. L'hypothèse n'est pas seulement théorique. Nombre de conseils municipaux récemment renouvelés désavouent avec hâte les engagements pris par leurs prédécesseurs. « Il ne faut pas, disait le Commissaire du Gouvernement Le Vavasseur de Précourt (3) que ceux qui ont fait des études sérieuses pour des projets approuvés par des conseils municipaux puissent être exposés à perdre tout le produit de leur travail et à être victimes des fluctuations d'opinion de ces conseils municipaux : les architectes et entrepreneurs doivent

(1) Cons. d'Etat, 5 juillet 1929, Ville de Béziers, *Revue des Conc.*, 1930, p. 58.

(2) Cons. d'Etat, 1^{er} mai 1891, Bardon, Mallet et C^{ie}, Rec., p. 339 ; 17 juin 1893, Chevalier, Lambert et autres, Rec., p. 4.

(3) Cons. d'Etat, 15 juillet 1887, Carlier et Voinot, Rec., p. 582.

être à l'abri des incidents électoraux et des discussions de réunions publiques. »

C'est au juge qu'il appartient d'apprécier si l'exercice des pouvoirs de l'autorité concédante s'est tenu dans de justes limites ou s'il est constitutif d'une faute (1).

Réserve faite du cas où le droit à indemnité est fondé sur une faute du concédant relativement au jeu de la procédure d'approbation, ce droit peut-il être reconnu d'une façon générale dès l'instant que des frais ont été engagés par le concessionnaire dont le titre n'était pas régulier ?

Il l'a été, et, semble-t-il, à deux conditions : d'une part que les études ou les travaux du concessionnaire aient présenté un intérêt pour le concédant ; d'autre part, qu'il ait été chargé par lui de les entreprendre. Ce double élément, *volonté manifeste de l'administration et intérêt de celle-ci à l'accomplissement des travaux* a été souligné par la jurisprudence (2). Un arrêt récent disposait (3) :

« Cons. qu'il résulte de l'instruction que le conseil municipal de la ville de Pradelles s'est engagé à accorder aux consorts Guérin, la concession du service de distribution de l'énergie électrique dans la commune ; que si l'acte de concession n'a pas été soumis, en raison des circonstances, à l'approbation préfectorale exigée par l'article 7 de la loi du 15 juin 1906, des travaux d'installation importants furent néanmoins exécutés par les consorts Guérin sur la *demande expresse de la ville* ; que dans les circonstances de l'affaire les consorts Guérin

(1). Cons. d'Etat, 10 février 1899, note D. P. 1900.3.53.

(2). Cons. d'Etat, 8 août 1899, Cotard, D. P. 1901.3.6.

(3). Cons. d'Etat, 31 octobre 1928, Commune de Pradelles.

sont fondés à demander, à l'exclusion de toute autre allocation, que les *dépenses effectuées par eux dans l'intérêt* de la commune, soient mises à la charge de celle-ci. »

Quelle est la base juridique de cette indemnisation ?

Ce n'est à aucun degré un droit contractuel puisqu'il n'y a point de contrat définitif en l'absence d'approbation. Le lien contractuel n'est donc pas la condition du dédommagement : et c'est ce qu'il est intéressant de souligner, puisque nous pouvons en déduire par avance que l'absence de lien contractuel ne s'opposera pas à la possibilité d'un dédommagement du cessionnaire.

Alors ? Il y a eu un engagement, des signatures ont été échangées ; la commune ne fera rien pour empêcher le contrat d'arriver à sa perfection juridique. Sur la foi de cet engagement, le concessionnaire a exécuté des travaux, exposé des frais... Il est juste que la collectivité qui en bénéficiera ne s'enrichisse pas à ses dépens. C'est un principe d'équité. Il est le fondement de l'action d'enrichissement sans cause. Et voilà la notion de quasi-contrat introduite comme explication des rapports du concédant et du concessionnaire non approuvé. Cette notion ne pourra-t-elle pas servir à définir les rapports du cessionnaire et de l'autorité concédante ? Alors surtout que le cessionnaire comme le concessionnaire éventuel assurent le service public dans les mêmes conditions de régularité et de continuité que des titulaires normaux ?

L'exécution du service — ne serait-ce que dans certaines de ses parties, voire même dans sa préparation seulement — ne permet-elle pas de réserver au concession-

naire irrégulier le bénéfice du principe d'équité qui est à la base de la notion quasi-contractuelle d'enrichissement sans cause ? Et les mêmes raisons ne conduisent-elles pas à étendre ce bénéfice au cessionnaire ? Dans cette possibilité peut-on aller plus loin et appliquer, autrement que dans son contenu de principe, la vieille notion civiliste ? Ou le caractère des situations de la vie administrative n'incline-t-il pas à adapter les règles d'application des principes du droit privé, pour leur conférer un certain caractère d'autonomie ? Et ne faut-il voir dans cette adaptation qu'une simple politique jurisprudentielle de la part d'une haute juridiction désireuse d'éviter des constructions prématurées ou des généralisations hâtives ?

Ces questions posées, signalons simplement à cette place qu'elles ont été résolues dans le même sens qu'il s'agisse de la cession non agréée ou qu'il s'agisse de la concession non approuvée. Avant de dire comment il importe d'examiner quelles sont pour le cessionnaire les conséquences de l'absence de lien contractuel.

§ II. — CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE LIEN CONTRACTUEL

De l'absence de lien contractuel entre le concédant et le cessionnaire découle un certain nombre de conséquences. Elles peuvent se rattacher à cette idée : le cessionnaire n'a aucun droit activement ni passivement à l'application des clauses contractuelles du traité de concession.

Il a été jugé que l'autorité concédante ne pourrait user à son égard des pénalités prévues au contrat, alors

qu'en l'absence d'approbation régulière, celui-ci n'est pas devenu définitif (1). La jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur un cas de cession. Dans l'espèce sus-relatée, il s'agissait d'une concession qui n'avait pas été approuvée par l'autorité compétente parce qu'elles contenait des dérogations au cahier des charges-type et nécessitait, par suite, un décret délibéré en Conseil d'État. L'arrêt note qu'en l'absence d'approbation, le contrat n'était pas devenu définitif ; que dès lors la sanction de la confiscation du cautionnement n'avait pas été prise à bon droit à l'égard du concessionnaire. Il est bien évident que si les sanctions du contrat de concession ne peuvent être appliquées dans le cas où celui-ci n'est pas devenu définitif, parce qu'il n'a pas été approuvé, à *fortiori*, elles ne peuvent l'être au cessionnaire qui est sans lien avec l'administration. Et voilà saisi sur le vif l'intérêt de la distinction que nous avons faite entre la non approbation de la concession et celle de la cession. Les principes de solution reçus pour l'une, peuvent être étendus à l'autre, surtout lorsque se pose une question d'application des clauses du traité de concession.

Faut-il en conclure que l'absence de lien contractuel enlève à l'autorité concédante l'exercice de toutes les sanctions contractuelles ? L'affirmative ne fait aucun doute ? Le concédant va-t-il se trouver alors complètement désarmé ? Nous avons vu (Première Partie, Chapitre II, § 7) les moyens dont il dispose à l'égard du concessionnaire dont le titre est régulier et qui l'a cédé en dehors des formes légales. Ces sanctions ont

(1) Cons. d'Etat, 6 août 1928, Mouné, Rec. p. 1076.

un tel caractère de gravité — puisqu'elles comportent la déchéance — qu'elles joueront pratiquement comme un préventif. Mais à l'égard de « l'exploitant », du cessionnaire, que pourra l'administration ?

Le Conseil d'État dans l'arrêt précité, disposait que sa décision ne faisait pas obstacle à ce que l'autorité concédante exerce contre le concessionnaire non approuvé « telle action que de droit, si elle estime quelle a, par son fait, subi des dommages ».

C'est évidemment l'application pure et simple du droit commun. Toute activité qui cause un préjudice doit être tenue à le réparer. Mais cette réserve faite par le Conseil d'État ne nous indique nullement quel peut être le fondement des rapports entre concédant et cessionnaire. Elle ne nous permet pas de dire, comme on l'a tenté parfois, que le cessionnaire, relativement à l'étendue de ses obligations vis-à-vis de la personne publique, se trouve dans une situation analogue à celle du gérant d'affaires. Il devrait par suite se charger d'achever la gestion et pourrait être tenu de toutes les dépendances de l'affaire (article 1372 du Code Civil). Il ne paraît pas absolument nécessaire de recourir à cette analogie. Ce qu'on peut dire, c'est que du moment que le cessionnaire entreprend la gestion d'un service public, il la doit mener à bien parce qu'il est responsable entièrement d'une activité qu'il a délibérément entreprise. Il doit, dès lors, subir tous les risques que son défaut de vigilance, son imprudence, ou même sa carence dans l'exécution d'une partie du service, pourraient entraîner à l'égard de la collectivité publique.

* * *

Mais si le cessionnaire ne peut pas se voir appliquer les sanctions du traité de concession, il ne peut pas davantage en invoquer les droits ou les profits.

Aucun contrat n'ayant été formé, il ne saurait prétendre qu'on a manqué à son égard à l'exécution d'obligations contractuelles (1). Il ne pourrait donc obtenir les divers avantages d'ordre pécuniaire que le traité de concession stipule en faveur du titulaire régulier (subventions, avances, garanties d'intérêts).

Pourra-t-il réclamer l'indemnité d'imprévision s'il a géré son service dans des conditions qui lui auraient permis d'y prétendre, si son titre avait été régulier ?

La question est d'importance, tant au point de vue pratique, en ce qui concerne les cessionnaires intéressés, qu'au point de vue théorique, puisque sa solution sera au moins une indication pour définir le fondement juridique de leurs rapports avec les personnes publiques.

Il ne faut pas hésiter à répondre que le cessionnaire, parce qu'il n'a pas été agréé n'a aucun droit à l'indemnité d'imprévision ; l'absence de lien contractuel ne peut lui permettre d'invoquer le bénéfice d'une théorie, d'ordre essentiellement contractuel. La construction jurisprudentielle de l'imprévision, telle qu'elle découle de l'arrêt du 30 mars 1916 (2), repose sur cette notion de contrat qui en est l'armature ; et elle revient constamment dans les dispositions de l'arrêt.

En principe, *le contrat de concession, règle de façon*

(1) Cons. d'Etat, 11 avril 1930, Vve Lachambre, Rec., p. 441.

(2) Cons. d'Etat, 30 mars 1916, Gaz de Bordeaux, précité.

définitive les obligations respectives du concédant et du concessionnaire ; — les variations des prix des matières premières constituent un aléa du marché, à condition qu'elles ne dépassent pas les limites extrêmes des majorations qui ont pu être envisagées par les parties, *lors de la passation du contrat de concession* ; — si les circonstances ont bouleversé *l'économie du contrat*, on se trouve en présence d'une situation anormale, qui ne permet pas au contrat de recevoir son application primitive ; — par suite, si le concessionnaire est tenu d'assurer le service, il supportera la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure que *l'interprétation raisonnable du contrat* permet de laisser à sa charge.

La théorie de l'imprévision a été forgée pour maintenir une situation contractuelle. Le Conseil d'État aurait pu résilier le contrat à raison de la survenance d'événements de force majeure, mais le service public aurait souffert de cette rupture. D'autre part, les concessionnaires nouveaux auraient fait état avec les personnes publiques de la situation économique nouvelle, ce qui aurait été pour ces dernières, particulièrement onéreux. Il fallait donc maintenir le contrat. On ne le pouvait qu'en accordant une aide, un « viatique » au concessionnaire (1). Malgré les circonstances qui ont bouleversé sa situation, il a droit non seulement à son maintien, mais il doit exécuter à tout prix. L'indemnité d'imprévision viendra lui permettre de remplir ses obligations, d'user de son droit. Et il n'est pas jusqu'au mode de règlement de cette indemnité qui ne soit, lui-même, en

(1) Sur le caractère temporaire de cette aide. Cons. d'Etat, 9 déc. 1932. S. 1993 3.3.9. Note de M. Laroque.

principe, contractuel. Le Conseil d'État saisi d'une demande, renvoie les parties à fin de s'entendre, à fin de régler d'accord, les conditions nouvelles qui permettront de surmonter les difficultés passagères qui s'opposent pour un temps à l'exécution du contrat et mettent en péril le fonctionnement du service public.

On peut donc conclure que celui qui n'a pas la qualité de contractant, de concessionnaire, ne saurait invoquer le bénéfice de l'imprévision. L'absence de lien contractuel ne peut lui permettre de se prévaloir des droits qui résultent du contrat de concession, par conséquent de l'indemnité d'imprévision. Il en est ainsi du concessionnaire, dont le titre n'a pas été approuvé, comme du concessionnaire non agréé. L'un comme l'autre ne peuvent invoquer un lien contractuel qui n'existe pas, et faire état de prévisions dans les prix au moment de la passation d'un contrat qui fait défaut. Mais cela empêche-t-il de déclarer recevable une demande en indemnité correspondant à l'exécution d'un service, à des fournitures qui ont profité à la commune ou à ses habitants et qui ont été acceptées par elle ? Le Conseil d'État ne l'a pas pensé.

Dans un arrêt *Philippe* (1), il a fait droit à la demande d'indemnité du concessionnaire ; dans un arrêt *Bonniol*, il a appliqué les mêmes principes de solution au concessionnaire irrégulier. Dans un cas comme dans l'autre, il fonde juridiquement sa décision sur l'existence d'un quasi-contrat.

Nous avons vu qu'au cas où des concessions n'avaient

(1) Cons. d'Etat, 27 juin 1930 et 16 janvier 1931, S. 1931.3.57 avec la note de M. A. Mestre et D. P. 1932. 3.5 avec la note de M. Blaevot.

pas reçu l'approbation requise, l'absence de lien contractuel entre le concessionnaire non approuvé et la personne publique concédante ne faisait pas obstacle à une indemnisation des dépenses faites avec le consentement de la collectivité qui en avait tiré profit (1). Ces solutions avaient préparé le terrain. Elles rendaient possible une extension à « l'exploitant » du service public, des principes d'équité qui les avaient inspirées.

Il faut analyser les espèces sur lesquelles le Conseil d'État a été appelé à statuer.

Une commune avait concédé un service de distribution de l'éclairage électrique sur son territoire. Ce service avait été cédé en 1919 par son titulaire primitif au sieur Philippe. Celui-ci s'étant trouvé en déficit, saisit en 1925 le Conseil de Préfecture d'une demande tendant à obtenir, selon les règles habituelles, une indemnité d'imprévision. A cette demande, la commune a opposé une exception d'irrecevabilité tirée de ce que la cession n'avait jamais été acceptée par elle et le demandeur jamais agréé comme concessionnaire. Le Conseil de Préfecture accueillit purement et simplement l'exception et débouta le cessionnaire.

Celui-ci saisit alors le Conseil d'État par la voie de l'appel.

La haute juridiction administrative était appelée à statuer sur deux points : d'une part, y avait-il eu cession agréée par la commune ; d'autre part, même

(1) Outre les arrêts cités *supra* : Cons. d'Etat, 23 février 1900, Société générale des Abattoirs, Rec., p. 150 ; 5 février 1919, Séren, Rec., p. 122 ; 1^{er} mai 1925, Compagnie générale d'Eclairage, Rec., p. 420.

en l'absence d'une telle cession, la demande d'indemnité du sieur Philippe était-elle irrecevable ?

Sur le premier point, l'arrêt reconnaît que le cessionnaire « n'a pas été agréé » par le Conseil Municipal de la commune. Le requérant avait voulu établir qu'il était bien le véritable concessionnaire ; il avait énuméré divers actes par lesquels cette qualité lui aurait été reconnue : des mandats pour l'éclairage public, des délibérations du Conseil Municipal relatives aux ouvertures de crédits nécessaires à cet effet, des lettres du Maire concernant l'obligation d'établir un transformateur ou d'éclairer un certain quartier, etc. De tels actes avaient-ils le caractère d'une approbation implicite ? En principe, ce genre d'approbation ne saurait suffire, l'approbation expresse étant la règle (cf. Première Partie, Chapitre II, § 5). M. le Commissaire du Gouvernement Andrieux (1) a fait remarquer qu'on ne pouvait faire état des ouvertures de crédits votés par le Conseil Municipal et de son avis cité par le Maire, lorsqu'il a exigé du sieur Philippe, l'éclairage d'un quartier. Non seulement ce sont de « simples mesures conservatoires » mais, en outre, le Conseil Municipal avait délibéré à plusieurs reprises sur la cession, refusant de l'approuver si le sieur Philippe ne prenait pas certains engagements, sur lesquels l'accord ne s'était pas fait. Le requérant n'avait donc pas la qualité de concessionnaire. L'arrêt en déduit alors qu'il « ne saurait se prévaloir à l'appui de sa demande d'indemnité pour charges

(1) Nous devons à l'obligeance de M. le Commissaire du Gouvernement Andrieux, la communication des conclusions qu'il a prononcées dans cette affaire. Nous lui en exprimons notre vive gratitude.

extracontractuelles des clauses du contrat de concession ». Mais le Conseil d'État ne tire pas de ce principe les conséquences trop absolues que théoriquement il appelait. Il n'écarte pas purement et simplement la demande d'indemnité. Le sieur Philippe a pendant un certain temps exploité le service de distribution. Il a fourni l'éclairage à des tarifs non rémunérateurs. La commune et ses habitants ont reçu de lui un avantage qui ne peut pas être laissé à sa charge. Il peut donc demander et obtenir un dédommagement. Et sa demande si elle ne peut être fondée sur un contrat de concession peut trouver une base juridique dans l'existence d'un quasi-contrat.

« Cons., dit l'arrêt, que de 1919 à 1925, le requérant exploitant la concession, a fourni dans la commune l'éclairage électrique; que, s'il est établi que le prix par lui perçu n'était plus en rapport avec les conditions économiques bouleversées par la guerre, la circonstance que le requérant n'avait pas la qualité de concessionnaire ne pouvait le priver du droit d'obtenir de la ville, à *titre quasi-contractuel*, une compensation équitable du déficit subi par lui dans l'exécution du service public de l'éclairage; que dans ces circonstances, c'est à tort que le Conseil de Préfecture a déclaré son action non recevable. »

Du même coup, l'arrêt Philippe accorde au cessionnaire qui a « fourni » l'éclairage une compensation équitable du déficit subi dans l'exécution de son service, et il donne le fondement juridique de cette indemnisation : le quasi-contrat.

Nous avons déjà rencontré cette notion, à propos des concessions non approuvées par l'autorité de tutelle. Nous avons dit qu'elle permettait de dédommager des

personnes qui avaient fait des sacrifices pour des collectivités auxquelles elles n'étaient pas unies par un lien de droit. L'absence d'une formalité extérieure à l'acte de concession ne pouvait les priver d'une compensation, alors que leur activité avait été soutenue par une personne publique qui en avait tiré profit

L'arrêt *Bonniol* est venu amplifier et préciser cette jurisprudence. *Il a accordé une compensation équitable du déficit subi dans l'exécution de son service au concessionnaire irrégulier.* Dans l'espèce sur laquelle le Conseil d'État a eu à se prononcer, l'irrégularité découlait de l'approbation. Celle-ci avait été donnée par le Préfet au lieu de l'être par décret en Conseil d'État, le traité de concession comportant une dérogation au Cahier des Charges type. Dès lors, l'approbation donnée s'étant trouvée « inopérante », ni la commune ni le concessionnaire « irrégulier » ne pouvaient se prévaloir du contrat. Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'indemnité pour charges extra-contractuelles, précise que le fait pour le requérant de n'être pas « titulaire d'une concession régulièrement donnée ne pouvait le priver du droit d'obtenir, à titre quasi-contractuel une compensation équitable du déficit qu'il aurait subi dans l'exécution du service dont il était chargé ».

En l'absence des formes légales, le traité n'était pas un contrat. Les parties ne pouvaient donc se prévaloir de ses dispositions. Mais l'acte intervenu entre la ville et la personne qu'elle avait choisie comme concessionnaire, bien qu'irrégulier dans sa forme, pouvait produire des effets : notamment une indemnisation à titre quasi-contractuel du déficit subi par le concessionnaire dans le service de l'éclairage.

Ces deux arrêts ont une portée sensiblement différente. Le concessionnaire « irrégulier » est dans une situation voisine du contrat. Il manque à son titre un élément extrinsèque pour qu'il arrive à sa perfection juridique. Il est imparfait. Dès lors, si la jurisprudence accorde à son auteur un dédommagement, à titre quasi-contractuel, cette expression prend son sens générique, de *presque* contrat, de synonyme de contrat.

Mais lorsque le Conseil d'État fonde l'indemnisation du cessionnaire sur cette même notion de quasi-contrat, il l'élargit singulièrement, puisque le cessionnaire est sans lien avec l'administration, sans titre même imparfait, et que, dans cette situation, quasi-contrat est antinomique de contrat, le concours de volontés n'existant à aucun degré.

L'arrêt Philippe apporte donc à cette notion de quasi-contrat une extension des plus remarquables. C'est ce qu'il convenait de signaler ici. Il reste à voir maintenant quelle est la nature de ce quasi-contrat.

La jurisprudence nouvelle confirme-t-elle le caractère d'autonomie de cette notion, par rapport aux catégories juridiques bien définies du droit civil ?

Quelles sont les conséquences du lien quasi-contractuel, ainsi entendu, quant aux modalités de l'indemnisation équitable du cessionnaire ?

Ces questions seront étudiées dans les paragraphes suivants. Nous dirons enfin comment cette jurisprudence s'harmonise avec les procédés d'élaboration familiers à notre haute juridiction administrative.

§ III. — LE LIEN QUASI-CONTRACTUEL

On ne fera pas sous cette rubrique l'étude du quasi-contrat administratif. Des travaux nombreux et récents nous dispensent de revenir sur cette question (1). Il nous suffira de marquer comment le fondement quasi-contractuel de la situation du cessionnaire à l'égard de l'autorité concédante s'harmonise avec le caractère de la notion de quasi-contrat, telle que la conçoit la jurisprudence administrative. Celle-ci en avait nettement marqué le caractère d'autonomie par rapport aux règles du droit civil. Les arrêts Philippe et Bonniol sont dans la ligne de cette évolution, en accusant probablement encore cette tendance.

On verra en quoi la situation quasi-contractuelle du cessionnaire est distincte des catégories classiques de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause autant que de la notion quasi-contractuelle de profit administratif.

A) Le Cessionnaire n'est pas dans une situation de Gestion d'affaires

La gestion d'affaires étant une des « figures » du quasi-contrat on peut se demander si le cessionnaire, qui est à l'égard de l'autorité publique dans une situa-

(1) Voyez : DELCUSY, *Le quasi-contrat en droit administratif* ; DUCOMBEAU, *La gestion d'affaires en droit administratif* ; GÉNY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration* ; ROQUES, *De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif*.

tion quasi-contractuelle, peut-être considéré comme un gérant d'affaires. On sait que ce qui caractérise la gestion d'affaires, c'est l'exécution d'une prestation en faveur et dans l'intérêt d'autrui, sans en avoir reçu l'ordre. Le gérant agit spontanément et c'est cet élément de spontanéité qui le différencie du mandataire, lequel est tenu en vertu d'un accord de volontés.

Le quasi-contrat de gestion d'affaires puise sa source dans l'équité : l'individu qui intervient dans une pensée de bienveillance en faveur d'autrui, pour lui éviter un préjudice, doit être dédommagé des frais qu'il a été obligé de faire. L'action de *in rem verso* ne suffirait pas, car elle ne peut être invoquée qu'autant que l'affaire a procuré un enrichissement au maître. Or, l'affaire même habilement conduite peut ne pas conduire à ce résultat.

Ce quasi-contrat est la source d'obligations réciproques. — Le maître est tenu de rembourser le gérant de toutes les dépenses *utiles* qui ont été faites. L'appréciation de cette utilité de la gestion se place au moment où les actes de gestion ont été accomplis, et si, depuis lors, cette utilité a disparu, le maître n'en sera pas moins tenu au remboursement.

De son côté, le gérant s'oblige à apporter à son initiative tous les soins d'un bon père de famille, à continuer et achever l'affaire commencée, à rendre compte et à se charger de toutes les dépendances de l'œuvre principale. Au cas de manquement, total ou partiel, à l'une de ces obligations, le juge pourra, s'il y a lieu, modérer les dommages-intérêts dus par le maître.

Certains auteurs ont voulu voir dans les rapports du cessionnaire et de l'autorité concédante une situa-

tion de gestion d'affaires (1). Le cessionnaire qui, sans lien avec l'administration, gère un service public s'est « immiscé » spontanément dans la vie administrative, comme le gérant dans les affaires d'autrui. Il exploite, sans en avoir reçu l'ordre, un service qui est bien « l'affaire » de la commune, puisque celle-ci a la charge de l'organiser. Il l'a bien administrée, puisque le service a fonctionné normalement pendant un certain nombre d'années. La situation du cessionnaire comme celle du gérant requiert de la continuité dans l'exécution. L'arrêt Philippe n'a pas manqué de souligner que le service avait été assuré pendant 6 ans. Pour cela faire, le cessionnaire a effectué des dépenses, que des recettes corrélatives n'ont pu couvrir. Il doit, dit-on, conformément à l'article 1375 du Code Civil, être indemnisé de ses déboursés par le maître de l'affaire, c'est-à-dire par la personne publique concédante (2).

A l'opposé, d'un point de vue plus général, d'autres esprits sont hostiles à l'admission en droit administratif de la notion de gestion d'affaires (3). Pour M. Jèze,

(1) L'HUILLIER, *Revue Générale d'Electricité*, 1931.

(2) DUCOMBEAU (*op cit.*, p. 103) écrit que « le quasi-contrat de gestion d'affaires peut se présenter en droit administratif avec les mêmes circonstances, les mêmes éléments essentiels qu'en droit privé » et ailleurs (p. 86) : « le quasi-contrat de gestion d'affaires est réglementé par le Code Civil de telle manière qu'il apparaît comme une institution juridique entièrement bienfaisante au maître et par conséquent, si on l'applique au droit administratif, non seulement à ne pas nuire à l'administration, mais au contraire à lui être profitable. Cette dernière n'est point exempte du risque d'avoir en certaines circonstances besoin de l'aide d'autrui, tout comme une simple personne privée. »

(3) JÈZE, *Principes*, 3^e éd., t. II, p. 391 ; MICHOD, *Revue Générale d'Administration*, 1894 ; MARQUÈS DI BRAGA et

l'idée qui est à sa base ne joue pas en droit public. Il est, dit cet auteur, d'intérêt social, d'encourager les particuliers à s'occuper amicalement des affaires d'autres particuliers, lorsque ceux-ci en sont empêchés pour une cause quelconque. Mais dans un régime administratif, tel que le nôtre, il existe pour faire fonctionner les services publics des agents présentant des garanties et des procédures. A eux, selon les procédures prévues, il appartient de dire comment le service public doit fonctionner, quels travaux il convient d'exécuter, quelles fournitures il faut obtenir, quelles dépenses il y a lieu de faire. Il serait déplorable socialement, ajoute M. Jèze, que des individus autres que les agents publics, puissent se jeter au travers de l'organisation administrative et substituer leur appréciation personnelle à celle des agents réguliers, éluder les règles du contrôle hiérarchique ou administratif, placer l'organisation régulière devant le fait accompli. Lorsque la loi a permis cette intervention, elle l'a dit (art. 129 de la loi du 5 avril 1884) et elle a entouré cette intervention de formalités minutieuses. Si les tiers se substituent aux agents réguliers, ce sera à leurs risques et périls. L'utilité de la dépense ne suffira pas pour obtenir le remboursement, car l'appréciation de l'utilité appartient aux agents publics. Le principe d'équité donne le fondement et la mesure de l'action recursoire. Cette action est strictement limitée aux cas d'enrichissement sans cause procurés

C. LYON, *Comptabilité de fait*, combattent la théorie en se fondant sur des considérations budgétaires. L'opportunité d'une dépense ne pouvant être appréciée que par les représentants légaux des services publics, l'admission de la gestion d'affaires, en droit public, irait à l'encontre de ce principe-là.

à l'administration et ne permet pas d'obtenir plus que cet enrichissement,

Sans nous placer sur un plan aussi général, nous observerons qu'à deux points de vue, au moins, les règles de la gestion d'affaires ne peuvent s'appliquer au cessionnaire.

Le gérant d'affaires agit dans une pensée désintéressée: son but est de rendre service à autrui en lui évitant un préjudice. Le législateur a entendu favoriser de telles initiatives en permettant à leurs auteurs de ne pas être victimes de leur désintéressement. Ils pourront dès lors, récupérer les frais utilement exposés par eux. Par contre, le cessionnaire exploite un service public dans une pensée qui n'est nullement de rendre service à la collectivité. Il gère cette entreprise comme son affaire propre. Sa préoccupation dominante est le bénéfice à poursuivre. C'est en vue de ce but d'ordre exclusivement lucratif que le traité de cession a été conclu. Par conséquent, nos deux situations sont séparées par un élément psychologique, l'élément intentionnel, qui est dans la nature de la gestion d'affaires et fait défaut dans la cession. Sans doute cet élément subjectif a perdu en droit privé de sa portée à mesure que la jurisprudence civile a mis au premier plan l'élément de fait que suppose la gestion. « Il suffit que le gérant ait conscience du service qu'il rend ou de l'utilité qu'il crée (1). » Il importe peu qu'il ait en même temps poursuivi son intérêt personnel ; si son acte n'est pas entièrement égoïste, cela est suffisant pour que celui qui en profite soit tenu d'indemniser. Bien qu'il soit de portée réduite, l'élément intentionnel

(1) DELCUSY, *op. cit.*, p. 37 et ss.

n'en subsiste pas moins comme élément technique de la gestion, permettant de la séparer de l'*in rem verso*. Le *negotiorum gestor* veut que son activité profite à autrui. Dans l'enrichissement sans cause, au contraire, l'appauvri n'a pas eu cette intention. « Il n'y a pas d'élément subjectif dans la transmission de valeur qui a eu pour résultat l'enrichissement sans cause. Il y a eu là un simple fait qui se présente avec un caractère d'objectivité très accusé » (1).

La différence des situations du gérant et du cessionnaire se retrouve, en second lieu, dans les conditions de leur indemnisation.

L'action *negotiorum gestorum* permet de dédommager le gérant de tous ses déboursés, quel que soit le montant de la plus-value apportée au patrimoine du maître de l'affaire. Il est nécessaire et suffisant que l'utilité de l'acte de gestion ait existé au moment où il a été accompli. Le droit du gérant survit aux événements postérieurs à sa gestion qui ont pu en compromettre l'intérêt. Le cessionnaire, lui, n'est nullement indemnisé de tous les frais que le fonctionnement du service lui a occasionnés. Il reçoit simplement une *compensation équitable* du déficit qu'il a subi. Nous verrons plus bas, selon quelles bases le montant peut en être établi. Qu'il nous suffise de dire à cette place que ces règles n'ont rien de commun avec celles qui permettent au gérant de récupérer ses frais. Le cessionnaire d'une concession de service public ne peut donc être considéré comme le gérant d'affaires de la collectivité pour laquelle il assume un service. Nous ne croyons pas que ses rapports

(1) ROQUES, *op. cit.*, p. 141-142.

avec l'autorité concédante relèvent du quasi-contrat d'enrichissement sans cause.

B) Le Cessionnaire n'est pas dans une situation d'Enrichissement sans cause

Cette catégorie juridique est essentiellement fondée sur une règle d'équité selon laquelle nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Elle suppose qu'un déplacement de richesse s'est effectué indépendamment de toute cause juridique qui a eu pour conséquence l'accroissement d'un patrimoine et la diminution corrélative de l'autre. Un équilibre a été rompu injustement : l'action d'enrichissement sans cause tend à le rétablir.

Les conditions d'exercice de cette action sont les suivantes. Il faut qu'une personne ait reçu d'une autre une valeur qui soit entrée dans son patrimoine. Cette transmission de valeur d'un patrimoine à un autre marque le caractère patrimonial de l'action d'enrichissement sans cause.

Il faut en second lieu, que l'enrichissement ait été obtenu sans juste cause. Enfin, l'appauvri ne peut réclamer plus que l'appauvrissement éprouvé par lui, l'action ayant un caractère indemnitaire. Mais il ne peut obtenir plus que l'enrichissement procuré au défendeur car celui-ci a seulement l'obligation de restituer ce qu'il a reçu sans cause. Il y a donc une double limite au montant de la réparation : l'enrichi ne doit pas payer plus qu'il n'a reçu et l'appauvri ne peut toucher plus qu'il n'a perdu.

Plaçons-nous maintenant en présence de la situation

du cessionnaire. Nous avons vu que la notion d'équilibre à maintenir entre des patrimoines est la raison d'être de l'enrichissement sans cause. Or, cette idée ne se comprend guère qu'en présence de situations de la vie privée, parce qu'elles sont de même nature et de commune grandeur. On conçoit difficilement le maintien d'un équilibre entre un patrimoine public et un patrimoine privé.

De plus, si on peut voir un appauvrissement dans la situation d'un cessionnaire qui exécute son service dans des conditions économiques anormales, il est difficile de voir dans cet appauvrissement, dans ce déficit, la cause d'un enrichissement pour l'autorité concédante. Le fait du fonctionnement d'un service public ne peut pas être considéré comme une transmission patrimoniale de valeur, transmission qui est de l'essence du quasi-contrat d'enrichissement sans cause. On ne peut pas dire que l'exécution du service ait enrichi la commune qui en a bénéficié (1).

A supposer enfin, que les difficultés précédentes soient écartées, les conditions d'application de l'action de *in rem verso* sont, en droit administratif, des plus délicates, en raison de la difficulté d'apprécier l'enrichissement procuré à la personne publique. Comment déterminera-t-on son montant ? Ne sera-t-on pas amené à dire que le service public s'est enrichi de tout ce qui s'est dépensé dans son intérêt et qu'il doit rembourser l'intégralité des dépenses utiles ? L'impossibilité d'apprécier l'enrichissement du service public conduit fatalement à retomber — au point de vue des conditions

(1) Voyez : note de M. Mestre, S. 1931.3.57.

d'indemnisation — du côté de l'action *negotiorum gestorum* ; sous le nom de « profit », la jurisprudence administrative a, en réalité, amalgamé les deux théories classiques de l'enrichissement sans cause et de la gestion d'affaires. L'idée d'un dédommagement, à titre quasi-contractuel, fondé sur le profit effectif qui est résulté pour l'administration de services rendus ou de fournitures effectuées, répond spécialement aux nécessités de la vie publique : « Il est normal de n'obliger l'administration à indemniser un particulier de sacrifices consentis dans des conditions anormales, que si, finalement, un avantage en est résulté pour elle (1). »

La notion de « profit » autonome vis-à-vis des deux précédentes est d'une technique plus facile. Nous verrons cependant qu'elle ne peut servir à déterminer les bases de l'indemnisation du cessionnaire.

C) La Situation du Cessionnaire est distincte du Profit

La théorie du « profit administratif » est entièrement jurisprudentielle. M. Mestre l'a ainsi résumé : « Tout sacrifice subi par un particulier et dont une personne administrative tire un avantage sans qu'il soit possible de rattacher à une cause juridique cette rupture d'équilibre, comporte en sa faveur une compensation égale à la perte subie. »

C'est à l'occasion de l'exécution de travaux publics supplémentaires que cette notion a été dégagée par la jurisprudence du Conseil d'État. Les premières espèces

(1) ROQUES, *op. cit.*, p. 93.

étaient relatives à des travaux non prévus au devis et qui avaient été effectués pour parer à des nécessités révélées en cours d'entreprise. L'absence d'approbation préalable par le Conseil Municipal de ces nouveaux travaux ne pouvait justifier un refus de leur paiement par la commune, du moment qu'ils lui avaient « profité » (1). En l'absence de l'approbation requise, une solution identique a été adoptée pour des études et recherches effectuées par un architecte (2), pour des études ayant éclairé un Conseil Municipal sur le projet de construction d'un lycée auquel, il a, par la suite, renoncé (3). Cette décision marque bien que le profit n'a pas nécessairement un caractère patrimonial. Il en est de même lorsque l'indemnisation pour travaux supplémentaires est accordée alors que ceux-ci ont profité à « l'aspect monumental de l'édifice » (4).

La notion de profit s'est remarquablement enrichie. Dans la jurisprudence des débuts, les arrêts notaient le lien existant entre les travaux autorisés régulièrement et les travaux non autorisés. L'exécution des seconds était conçue comme une conséquence inévitable des premiers : ils étaient ainsi rattachés à l'opération qui leur avait implicitement donné naissance : le contrat d'entreprise.

Puis la jurisprudence a élargi le principe d'indemnisation. Elle a vu un « profit certain » dans la fourni-

(1) Cons. d'Etat, 16 mai 1879, Lefebvre, D. P. 1879.3.104.

(2) Cons. d'Etat, 13 avril 1883, Philippon, D. P. 1884.3.116 ; 31 janvier 1912, Chappée et fils, Rec., p. 122.

(3) Cons. d'Etat, 15 janvier 1909, Antoine, Rec., p. 50.

(4) Cons. d'Etat, 25 février 1910, Ville de Tarbes, Rec. p. 172.

ture de l'éclairage public par un entrepreneur dont le marché n'a pas été régulièrement approuvé (1).

Ces développements par apports successifs, cette extension de la notion de profit permettaient d'entrevoir la solution de l'arrêt Philippe. Assurer un service public, même sans titre, n'est-ce pas faire profiter la commune d'un avantage, même s'il n'est pas exclusivement patrimonial ? La fourniture de l'éclairage, dans des conditions certaines de régularité, est bien un avantage pour une collectivité communale et pour ses habitants.

La théorie du profit a permis l'extension nouvelle du quasi-contrat apportée par l'arrêt Philippe. Mais celui-ci a dépassé la théorie du profit.

En effet, la théorie du profit, comporte le remboursement de l'intégralité des sacrifices subis par le demandeur. La jurisprudence de l'imprévision permet de laisser définitivement au concessionnaire une part de la perte qu'il a éprouvée : celle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de déterminer.

Si on appliquait au cessionnaire la théorie du profit, il pourrait prétendre à une réparation intégrale. De ce fait, le cessionnaire, qui est dans une situation irrégulière, serait mieux traité, que le concessionnaire qui se trouve dans une situation de droit. Ce serait anormal. Dès lors, le Conseil d'État ne pouvait appliquer au dédommagement du cessionnaire les règles de sa théorie du profit. Mais du même coup, il élargit considérablement la notion de quasi-contrat, qu'il tient à maintenir comme fondement de l'indemnisation. Par suite, la

(1) Cons. d'Etat, 5 février 1919, Séren, Rec., p. 122.

situation quasi-contractuelle du cessionnaire se présente comme absolument distincte des précédentes situations quasi-contractuelles.

Il reste à déterminer quelles sont les bases de l'indemnisation équitable du cessionnaire. La question est un peu délicate, puisque nous nous trouvons en dehors des règles habituelles de la gestion d'affaires, de l'enrichissement sans cause et du profit.

§ IV. — L'INDEMNISATION QUASI-CONTRACTUELLE DU CESSIONNAIRE

L'arrêt Philippe ne dit pas jusqu'à quel point le déficit du cessionnaire doit être couvert. Les parties n'ont pas discuté ce point devant le Conseil d'État ; leurs conclusions tendaient simplement à la recevabilité de la demande d'indemnité.

Dans l'affaire Seren (1), où il n'y avait eu que des dépenses faites en travaux et fournitures d'éclairage, la commune avait été condamnée à payer les dépenses que l'entrepreneur justifierait par état avoir engagées pour l'éclairage, en tenant compte du prix maximum consenti au projet de traité non approuvé pour la fourniture de carbure de calcium. Lorsque l'intéressé a été en partie rémunéré de ses dépenses il est nécessaire de chercher un autre élément et il ne peut être établi que par les règles jurisprudentielles de l'imprévision. Sans doute il est difficile de parler de prix-limites, de prévision des parties, de bouleversement de l'économie du contrat. Mais la responsabilité que la commune pourrait encourir contractuellement constitue un maximum pour elle. D'autre part, en principe, le profit

réalisé par la commune, c'est bien la somme qu'elle aurait eu à payer pour imprévision à son véritable concessionnaire.

Il faut donc commencer par établir ce qui aurait été dû au concessionnaire s'il avait exploité dans les circonstances économiques nouvelles. C'est le maximum que la commune pourra supporter. M. le Commissaire du Gouvernement Andrieux, à propos de l'affaire Philippe, faisait remarquer que la commune sera tenue à moins, si le cessionnaire ne s'est pas acquitté convenablement de ses obligations, car « les règles de l'imprévision n'ont plus à s'appliquer strictement et l'indemnité peut être établie d'une manière équitable, en pratiquant des compensations, et en faisant état de toutes circonstances ».

M. Mestre (*loc. cit.*) fait observer que « l'exploitant de fait n'est pas tenu de poursuivre le service dans des conditions de continuité aussi rigoureuses que le concessionnaire régulier et qu'il peut se dégager plus facilement d'un service devenu trop onéreux pour lui. Dans ces conditions, la part du déficit qui sera laissée à sa charge pourra être plus considérable que celle qui incomberait au concessionnaire de droit ».

Devant quelle juridiction l'action en indemnité sera-t-elle portée ?

Les rapports entre le concédant et le concessionnaire d'un service de distribution donnent lieu à un contentieux dont connaît le Conseil de Préfecture, car il s'agit de difficultés concernant l'exécution de marché de travaux publics (art. 4 de la loi 28 pluviose, an VIII). La demande d'indemnité du cessionnaire est normalement de la compétence du Conseil de Préfecture.

Mais s'il y avait une simple fourniture d'éclairage à une commune, sans travail public, une action fondée sur un quasi-contrat relatif à l'exécution d'un service public, serait de la compétence du Conseil d'État (1).

Dans le cas où le quasi-contrat comporte un élément de travail public, la compétence en premier ressort du Conseil de Préfecture reprend son empire.

(1) Cons. d'Etat, 18 juin 1920. Rigault, Rec., p. 594.

CONCLUSION

La jurisprudence administrative paraît attacher une certaine faveur à la notion de quasi-contrat. Elle utilise cette catégorie classique, mais elle l'étend et elle l'assouplit au point que la notion sert à annexer tous les rapports de droit non contractuels et non délictuels. Né du besoin de rétablir un équilibre économique, le quasi-contrat est devenu entre ses mains le moyen de compenser deux principes aussi irréductibles que le respect absolu des formes et l'équité.

Cette tendance est d'autant plus remarquable que la vieille notion civiliste est aujourd'hui complètement battue en brèche par la quasi-unanimité de la doctrine. La critique est parfois virulente. M. Josserand (1) traite cette notion de « monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique ». M. Vizioz (2) la condamne comme inutile, dangereuse et fausse ; elle provoque en effet, par sa qualification une assimilation trompeuse avec le contrat dont elle diffère radicalement. M. Planiol (3) s'élève avec vigueur contre la confusion du vocable : « la chose que ce mot a pour but d'indiquer n'existe pas ; il n'y a pas de source d'obligations qui ressemble au contrat ; il n'y a pas une seule hypothèse où une personne devienne débitrice d'une autre parce qu'elle a presque fait avec elle un contrat. »

(1) JOSSERAND, *Cours de Droit Civil*, 1930, t. II, p. 5.

(2) VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*.

(3) PLANIOL, *Droit Civil*, 5^e éd., t. II, p. 253 et ss.

Malgré l'imprécision de l'expression, la jurisprudence administrative réservait une véritable fortune à la notion âprement critiquée par les civilistes. Il est juste d'observer que si le Conseil d'État utilise le quasi-contrat, c'est en tant que principe. Il n'emprunte pas à la catégorie classique ses formules précises, ses conditions d'application rigoureuses. Elle est pour lui comme un artifice de technique permettant de couler dans un moule juridique une tendance à la satisfaction de l'équité, qui ne doit pas apparaître comme purement subjective. Cette vue est conforme à l'esprit de la haute Assemblée. Aux situations nées de la vie administrative, elle ne saurait appliquer les règles précises du Code Civil. « Le Conseil d'État, écrit M. Mestre, rencontrant des théories juridiques aux contours très arrêtés et dont l'application au droit administratif demanderait une mise au point délicate, a préféré remonter aux principes qui les commandent et appliquer directement ces principes eux-mêmes plutôt que les théories dérivées. »

La méthode d'élaboration jurisprudentielle y gagne en souplesse. Chaque espèce trouve une solution juste et appropriée.

Elle réserve l'avenir en évitant des cristallisations prématurées. Elle permet ainsi avec les progressions par apports successifs les mises au point délicates. C'est petit à petit que quelques-uns des monuments de la jurisprudence administrative se sont élevés. On a vu comment avait été forgée la théorie du profit et de quelles extensions elle s'était enrichie. Celle de l'imprévision, elle-même, ne s'est pas formée autrement. Sans doute, les circonstances particulières de la guerre

ont requis tout d'abord l'adoption d'une position de principe. Mais dès que les bases de la théorie ont été jetées, une longue série d'arrêts est venue préciser les conditions d'application de son mécanisme (1). Seul l'esprit de système pourrait déplorer cette méthode.

L'excellence pratique des solutions adoptées vaut mieux que les créations abstraites, longuement délibérées. A cet égard, les décisions qui ont défini la situation du cessionnaire à l'endroit de l'autorité concédante sont tout à fait dans le sens de la méthode traditionnelle du Conseil d'État.

Elles concilient les droits des collectivités publiques intéressées à la continuité des services et au maintien des apparences avec les principes généraux de l'équité. Grâce au développement du quasi-contrat, les collaborateurs de l'administration sont assurés de quelques garanties. S'ils exécutent leur service dans des conditions normales, ils se trouveront prémunis contre les risques d'omission de formalités essentielles. Et cette conséquence équitable est la meilleure justification de la notion de quasi-contrat.

(1) Note de M. Laroque, S. 1933.3.9.

VU :

Le Doyen,

E. ALLIX

VU :

Le Président de la Thèse,

A. MESTRE

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY



BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages généraux

- ALIBERT. — Le Contrôle Juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.
- AUCOC. — Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, 3 vol.
- BATBIE. — Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif, 2^e éd., t. VII.
- BERTHELEMY. — Traité élémentaire de Droit Administratif, 12^e éd.
- COLIN et CAPITANT. — Cours de Droit Civil, 4^e éd., t. II.
- DUCROCQ. — Cours de Droit Administratif, 7^e éd., t. II.
- HAURIOU. — Précis de Droit Administratif, 11^e éd.
- JÈZE. — Principes généraux du Droit Administratif, 3^e éd.
— Les Contrats Administratifs, 2 vol.
- JOSSERAND. — Cours de Droit Civil, t. II.
- LAFFERRIÈRE. — Traité de la Juridiction Administrative et des recours contentieux, 2^e éd.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit Civil, 10^e éd., t. II.
- ROLLAND. — Précis de Droit Administratif, 4^e éd.

II. — Ouvrages spéciaux

- ALIBERT. — L'imprévision dans les concessions de services publics.
- BÉQUET. — Répertoire du Droit Administratif : Chemins de fer. — Commune. — Comptabilité Publique. — Colonies. — Département. — Domaine. — Eaux. — Mines. — Travaux Publics. — Voirie terrestre.
- CARPENTIER et MAURY. — Traité des Chemins de Fer, t. I.

- DALLOZ. — Répertoire pratique.
DARESTE. — Traité de Droit Colonial, t. II.
GIRAULT. — Principes de Colonisation et de Législation Coloniale, 5^e éd., t. III, IV, V.
LAMÉ-FLEURY. — Code Annoté des Chemins de Fer, 3^e éd., t. III.
MONSARRAT. — Contrats et Concessions des communes et des Etablissements de bienfaisance.
PICARD. — Les Chemins de Fer français.
— Traité des Chemins de fer, t. II.

III. — Thèses

- ARBUS. — Des Concessions dans les cimetières, Paris, 1924.
ALEXANDRESCU. — L'enrichissement sans cause, source d'obligation quasi-contractuelle en droit administratif, Paris, 1930.
BEZIN (de). — Autorisations et Approbations de Tutelle, Toulouse, 1906.
BLONDEAU. — La concession de service public, Grenoble, 1929.
DELCUSY. — Le quasi-contrat en droit administratif, Paris, 1931.
DUCOMBEAU. — La gestion d'affaires en droit administratif, Toulouse, 1922.
GARNIER. — Le Cahier des Charges des Concessions de chutes d'eau, Paris, 1931.
GAUDUCHEAU. — Concessionnaire de service public et autorité concédante, Rennes, 1912.
GENY. — Essai d'une théorie générale sur la collaboration des administrés avec l'administration, en dehors de leurs rapports contractuels, Nancy, 1930.
GUILLOUARD. — Notion juridique des autorisations des concessions administratives, Caen, 1903.
HAMELIN. — Des Concessions Coloniales, Paris, 1898.
MONTMERLE. — Situation juridique de l'Entrepreneur de Travaux Publics, soumis au Cahier des Clauses et Conditions Générales de l'Administration de Ponts et Chaussées, Paris, 1931.
POLACK. — Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie, Paris 1919.
PROMSY. — Essai d'une théorie générale des autorisations administratives, Paris, 1923.

- REDEUILH. — Nature de la concession de service public, Bordeaux, 1925.
- ROQUES. — De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif, Montpellier, 1930.
- ROUSSEAU. — Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait, Lille, 1914.
- VIZIOZ. — La notion de quasi-contrat, Bordeaux, 1912.

IV. — Revues et Recueils

- LE GÉNIE CIVIL. — 3 janvier 1925 : Article de M. MESTRE.
— 19 février 1927 : Article de M. BLAEVOET.
— 10 mai 1930 : Article de M. MESTRE.
- RECUEIL DES ARRÊTS DU CONSEIL D'ÉTAT.
- RECUEIL DE LÉGISLATION DE TOULOUSE. — 2^e série, t. IX, p. 177-279, A. MESTRE, « Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif. »
- REVUE DE DROIT PUBLIC. — 1914, JÈZE, « Les Fonctionnaires de Fait. » — 1926, BLAEVOET.
- REVUE DES CONCESSIONS DÉPARTEMENTALES ET COMMUNALES
- REVUE GÉNÉRALE D'ADMINISTRATION. — 1894, MICHOD, « La Gestion d'affaires appliquée aux services publics ».
- 1917, DESBATS, « De la nature juridique du contrat de concession ».
- REVUE GÉNÉRALE D'ELECTRICITÉ. — 1931, MESTRE, « Les cessions de permissions de voirie ».
- 1931, L'HUILLIER, « Concessions irrégulières et concessionnaires de fait ».
- REVUE POLITIQUE ET PARLEMENTAIRE. — 1916, HAURIU.
- 1917, BERTHÉLÉMY.

V. — Notes de jurisprudence et conclusions

- APPLETON. — Note au D. P. 1925.1.17.
- BLAEVOET. — Note au D. P. 1931.3.5.
- BLUM. — Conclusions sous Cons. d'Etat, 11 mars 1910, Rec., p. 216 et ss.
- CHARDENET. — Conclusions sous Cons. d'Etat, 30 mars 1916, Rec., p. 125 et ss.

CLOSSET. — Note au D. P. 1927.3.27.

HAURIUO. — Note au S. 1913.3.81.

— Note au S. 1914.3.113.

MESTRE. — Note au S. 1924.1.65.

— Note au S. 1931.3.57.

PEPY. — Note au D. P. 1928.3.25.

ROMIEU. — Conclusions sous Cons. d'Etat, 20 janvier 1905, Rec.
p. 61 et ss.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION /.....	5
§ 1. — Le double aspect de la cession : droit privé, droit public.....	5
§ 2. — La présente étude a trait aux concessions administratives	7
§ 3. — Le lien entre les concessions et les permissions justifie une étude comparative.....	17
§ 4. — Plan. Remarques de terminologie. Méthode.	20

PREMIÈRE PARTIE

DE L'APPROBATION DE LA CESSION DES CONCESSIONS

CHAPITRE I. — <i>Le principe de l'approbation : son Fon- dement</i>	27
§ 1. — Les raisons juridiques : l'intuitus personæ du contrat de concession, ses différentes formes	27
A) La Nationalité française.....	28
B) La Capacité Financière.....	29
C) Une politique administrative et finan- cière	31
§ 2. — Les raisons politiques.....	33
A) La Sauvegarde d'un intérêt National ..	33
B) Un intérêt de Politique administrative.	34
§ 3. — Les raisons d'ordre pratique.....	37
Cas de cession volontaire.....	37
Cas de cession forcée.....	38
§ 4. — L'opinion des auteurs : l'argumentation de Bouchené-Lefer	39
§ 5. — Analogie entre le principe de l'approbation des cessions de concession et l'approbation des sous-traités en matière de marchés de Travaux Publics.....	43

CHAPITRE II. — <i>L'Application du principe</i>	48
§ 1. — Le Domaine d'application.....	48
A) Des cas où l'approbation est requise...	48
La cession et la fusion.....	49
La cession forcée.....	50
La cession volontaire, totale ou partielle, déguisée ou réelle.....	53
Les cessions successives.....	54
Les traités d'exploitation.....	57
B) Des Exceptions.....	60
Substitution obligatoire d'une société au demandeur en concession.....	60
Cession entre personnes publiques.....	64
§ 2. — Formes de l'approbation : Sources et Autorité Compétente	66
A) Concessions	66
Origine coutumière du principe.....	66
Application : Chemins de fer d'intérêt général	66
Voies ferrées d'intérêt local.....	73
Mines	75
Energie Hydraulique.....	78
Energie Electrique.....	79
Services Publics de transports auto- mobiles	80
B) Permissions	81
a) Liberté de la cession : Cours d'eau..	81
b) Notification de la cession.....	84
Energie hydraulique.....	84
Energie électrique.....	85
Permis de recherches des Mines....	91
c) Approbation de la cession. Radio- diffusion	93
§ 3. — L'Initiative de l'Approbation.....	95
A qui appartient-elle : au concessionnaire ou au cessionnaire.....	95
Intérêt des deux parties à l'accomplissement de la formalité.....	96
§ 4. — L'époque de l'Approbation.....	97
A) A quelle époque l'autorité compétente doit être saisie.....	97

Caractère préalable de l'approbation....	97
Exception au cas de cession forcée.....	100
B) A quelle époque l'autorité compétente doit statuer.....	103
L'observation de certains délais.....	104
§ 5. — Caractère exprès de l'Approbation.....	105
L'approbation doit être expresse.....	105
Elle peut résulter de l'existence des rapports entre concédant et cessionnaire.....	105
La connaissance de l'existence de la cession n'équivaut pas à l'approbation.....	106
§ 6. — Etendue et limites des pouvoirs d'Approba- tion	107
L'octroi de l'approbation.....	107
La subordination de l'approbation à des conditions.....	107
Le refus d'approbation.....	108
Le contrôle des pouvoirs d'approbation : administratif et juridictionnel.....	109
§ 7. — Sanctions de l'inobservation des règles de cession.	118
I) Concessions.....	118
a) La Nullité.....	118
Inaccomplissement total de la formalité	118
Inaccomplissement partiel de la for- malité	121
b) La Déchéance.....	122
II) Permissions	128
a) Nullité du transfert.....	128
b) Retrait de la permission.....	129
CHAPITRE III. — <i>Des conséquences de l'approbation....</i>	132
§ 1. — L'approbation est une simple mesure de con- trôle	132
Absence d'effet sur les conditions finan- cières de la cession.....	133
§ 2. — L'approbation opère une subrogation dans les droits et les charges de la concession.....	134
Le cessionnaire ne peut invoquer son igno- rance des traités.....	135
L'étendue de ses obligations.....	136

L'interprétation des parties sur le contenu des traités.....	138
APPENDICE. — <i>Remarques sur le Régime Fiscal des Cessions</i>	141

DEUXIÈME PARTIE

DE LA CESSION DES CONCESSIONS NON APPROUVÉE

CHAPITRE I. — <i>Le cessionnaire au regard du public</i>	145
§ 1. — Analogie des situations du cessionnaire et du fonctionnaire de fait.....	145
§ 2. — Situation du fonctionnaire de fait à l'égard du public.....	149
§ 3. — Situation du cessionnaire à l'égard du public.....	156
CHAPITRE II. — <i>Le cessionnaire au regard de l'autorité concédante</i>	159
§ 1. — Absence de lien contractuel.....	159
Comparaison entre la non-approbation de la concession et la non-approbation de la cession.....	161
a) Au point de vue de la nature du titre du concessionnaire et du cessionnaire non approuvés	163
b) Au point de vue des conséquences de la nature de ce titre.....	172
§ 2. — Conséquences de l'absence de lien contractuel	177
Inapplication des sanctions du contrat....	178
Inapplication de la théorie de l'imprévision.....	180
§ 3. — Le lien quasi-contractuel.....	188
a) Le cessionnaire n'est pas dans une situation de gestion d'affaires.....	188
b) Le cessionnaire n'est pas dans une situation d'enrichissement sans cause.....	194
c) La situation du cessionnaire est distincte du profit	196
§ 4. — L'indemnisation quasi-contractuelle.....	199
CONCLUSION	203
BIBLIOGRAPHIE	207
TABLE DES MATIÈRES.....	211

Saint-Amand (Cher). — Imp. R. BUSSIÈRE. — 1-5-1934
